

Claus Bextermöller

Das Familienrecht in den Systemen
der Pandektistik des 19. Jahrhunderts

1969
—

1970

Das Familienrecht in den Systemen
der Pandektistik des 19. Jahrhunderts

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung des akademischen Grades
eines Doktors der Rechte

durch die
Juristische Fakultät
der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster

vorgelegt von
Claus Bextermöller
aus Neuhaus

1970

1. Berichterstatter: Professor Dr. Hans Kiefner

2. Berichterstatter: Professor Dr. Rudolf Gmür

Dekan: Professor Dr. Walter Stree

Tag der mündlichen Prüfung: 18. Dezember 1969



L I T E R A T U R V E R Z E I C H N I S ¹⁾

- Arndts, Ludwig Lehrbuch der Pandekten, 12. Auflage,
nach des Verfassers Tode besorgt
von L. Pfaff und E. Hofmann,
Stuttgart 1883
- ders. Juristische Encyklopädie und Metho-
dologie, 10. Auflage, besorgt von
Erwin Grüber, Stuttgart 1901
- ders. Recensionen:
1) Lehrbuch des Römischen Rechts von
Dr. Georg Christian Burchardi
2) Cursus der Institutionen von
Georg Friedrich Puchta
in: Kr.J.f.R. VII S. 289-325
- Bekker, Ernst Immanuel System des heutigen Pandektenrechts,
Band 1, Weimar 1886
- Blondeau, Hyancinthe Des méthodes de classification qui
ont été suivies ou proposées à
diverses époques pour faciliter
l'étude du droit' privé, et nota-
ment de celles, qui sont adoptées
aujourd'hui dans la plupart des
Universités d'Allemagne, Thémis ou
Bibliothèque du Jurisconsulte Tome
III, pages 246-277
- Bluhme, Friedrich System des in Deutschland geltenden
Privatrechts mit Einschluß des Civil-
processes, 2. Auflage, Bonn 1855
- Böcking, Eduard Pandekten des römischen Privatrechts,
1. Band, 2. Auflage, Bonn 1853
- ders. Pandekten. Grundriß eines Lehrbuches
des gemeinen auf das römische Recht
gegründeten Civilrechts, 5. Aufla-
ge, Bonn 1861
- Brinz, Alois Lehrbuch der Pandekten, 1. Band,
1.-2. Buch, 3. Auflage, Erlangen
1884 3. Buch, 2. Auflage, Erlangen
1884 3. Band, 2. Abt., 2. Auflage,
nach dem Tode des Verfassers be-
sorgt von Philipp Lotmar, Erlangen
1889

1) Zitierweise in Text und Anmerkungen: Familienname des
Verfassers mit dem Stichwort, das im Literaturverzeichnis
unterstrichen ist.

- Bruns-Eck-Mitteis Das Pandektenrecht
in: Encyclopädie der Rechtswissen-
schaft, begründet von Franz von
Holtzendorff, 1. Band, 6. Auflage,
Leipzig, Berlin 1904, S.289-429
- Buchda, Gerhard Das Privatrecht Immanuel Kants, Diss.
Jena 1929
- Bürkel, Heinrich Recension: Neuner, Wesen und Arten
der Privatrechtsverhältnisse,
Kr.V.XI (1867) S. 191-233
- Burchardi, Georg Christian Grundzüge des Rechtssystems der Rö-
mer aus ihren Begriffen von öffent-
lichem und Privatrecht entwickelt,
Bonn 1822
- Buschmann, Arno Ursprung und Grundlagen der geschicht-
lichen Rechtswissenschaft, Diss.
Münster 1963
- Canaris, Claus-Wilhelm Systemdenken und Systembegriff in
der Jurisprudenz, Berlin 1969
- Coing, Helmut Die Lage der soziologischen Juris-
prudenz, in: Universitas, 7. Jahr-
gang, Stuttgart 1952, S. 241-248
- ders. Geschichte und Bedeutung des System-
gedankens in der Rechtswissenschaft,
in: Zur Geschichte des Privatrechts-
systems, Frankfurt/Main 1962, S.9-28
- ders. Zur Geschichte des Begriffs "Subjek-
tives Recht" in: Zur Geschichte des
Privatrechtssystems, Frankfurt/Main
1962, S. 29-55
- ders. Die europäische Privatrechtsgeschich-
te der neueren Zeit als einheitli-
ches Forschungsgebiet, in: Jus Com-
mune, Veröffentlichungen des Max-
Planck-Instituts für Europäische
Rechtsgeschichte, Frankfurt/Main,
1967, S. 1-33
- ders. Bemerkungen zum überkommenen Zivil-
rechtssystem, in: Vom deutschen zum
europäischen Recht, Tübingen 1965,
S. 25-40
- ders. Der juristische Systembegriff bei
Rudolf von Ihering, in: Philoso-
phie und Rechtswissenschaft, Hrsg.
J. Blühdorn und J. Ritter, Frank-
furt/Main 1969, S. 149-171

- Connanus, Franciscus Commentarii juris civilis libri X,
zuerst Paris 1553, zitiert nach
Brinz, Lehrbuch der Pandekten, 1.
Band, 1.-2. Buch, 3. Auflage, Erlan-
gen 1884 S. 75
- Dernburg, Heinrich Pandekten, 3. Band, 3. Auflage,
Berlin 1892
- Dölle, Hans Familienrecht, Band I, Karlsruhe 1964
- Donellus, Hugo Commentariorum de iure civili libri,
Opera omnia, T. I-VI, Florenz 1840
- Drews, Bill -
Wacke, Gerhard Allgemeines Polizeirecht, 7. Auflage,
Berlin, Köln, München, Bonn 1961
- Düroi Noch einige Bemerkungen über actio
in rem und actio in personam, jus in
re und obligatio, A.c.P.6 (1823)
S. 252-310, 386-440
- Emge, Carl August Das Eherecht Immanuel Kants
in: Kant-Studien, 29. Band, Berlin
1924, S. 243-279
- Engisch, Karl Sinn und Tragweite juristischer
Systematik
in: Studium generale 10 (1957)
S. 173-190
- Esmarch, Karl Grundsätze des Pandektenrechts, Wien
1860
- Eyermann, Erich -
Fröhler, Ludwig Verwaltungsgerichtsordnung. Kommen-
tar, 4. Auflage, München und Ber-
lin 1965
- von Gerber, Carl Fried-
rich Über deutsches Recht und deutsche
Rechtswissenschaft überhaupt, in:
Gesammelte juristische Abhandlungen,
zweite Ausgabe, Jena 1878
- Gernhuber, Joachim Lehrbuch des Familienrechts,
München, Berlin 1964
- Geyer, August Philosophische Einleitung in die
Rechtswissenschaften
in: Encyklopädie der Rechtswissen-
schaft, begründet von Franz von
Holtzendorff, 4. Auflage, Leipzig
1882
- Gierke, Otto von Die soziale Aufgabe des Privatrechts,
Berlin 1889

- Gierke, Otto von Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs und das deutsche Recht Leipzig 1889
- Glück, Christian Friedrich Ausführliche Erläuterungen der Pandekten, 47 Bände, Erlangen 1792-1853
- Gmür, Rudolf Savigny und die Entwicklung der Rechtswissenschaft, Münster 1962
- Göschen, Johann
Friedrich Ludwig Vorlesungen über das gemeine Civilrecht, 2. Auflage, herausgegeben von Albrecht Erxleben, 1. Band, Göttingen 1843, 3. Band, 1. Abt., Göttingen 1843
- Grimm, Jakob und Wilhelm Deutsches Wörterbuch, 10. Band, 4. Abt., Leipzig 1942
- Heise, Arnold Grundriß eines Systems des gemeinen Civilrechts, Heidelberg 1807
- Hölder, Eduard Pandekten, Allgemeine Lehren, Freiburg 1891
- Holzschuher, Rudolf von Theorie und Casuistik des gemeinen Civilrechts, 1. Band, 2. Auflage, Leipzig 1856
- Hufeland, Gottlieb Institutionen des gesamten positiven Rechts oder systematische Encyclopädie der sämtlichen allgemeinen Begriffe und unstreitigen Grundsätze aller in Deutschland geltenden Rechte, 2. Auflage, Jena 1803
- Hugo, Gustav Institutionen des heutigen römischen Rechts, Berlin 1789
- ders. Lehrbuch eines civilistischen Cursus, 2 Bände, 2. Auflage, Berlin 1799
- ders. Ein Beytrag zur Ehrenrettung Tribonian's, in: C.M., 2. Band, Berlin 1812 S. 84-95
- ders. Die Obligationen gehören in den letzten Theil des Privatrechts in: C.M., 4. Band, Berlin 1815, S. 1-50
- ders. Das Römische System paßt noch besser zum Privatrechte der Alten als der Neuen, in: C.M. 4. Band, Berlin 1815, S. 227-237

- Hugo, Gustav Die Obligationen gehören auch nach Gajus in den letzten Theil des Institutionen-Systems, in: C.M., 5. Band, Berlin 1825, S. 385-431
- ders. Jus in personam
in: C.M., 6. Band, Berlin 1837
S. 346-350
- ders. Beyträge zur civilistischen Bücher Kenntniß, 1. Band, Berlin 1828
- Ihering, Rudolf von Unsere Aufgabe, in: Iher.Jb., 1. Band, 1857 S. 1-52
- ders. Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung, 1. Teil, 9. Auflage, Darmstadt 1955, 2. Teil, 2. Abt., 8. Auflage, Darmstadt 1954
- Kant, Immanuel Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre, 2. Auflage, Königsberg 1789
- Kantorowicz, Hermann U. Was ist uns Savigny? R.u.W. I (1912) S. 47-54, 76-79
- Kaser, Max Das römische Privatrecht, 1. Abschnitt, München 1955, 2. Abschnitt, München 1959
- ders. Römisches Privatrecht. Ein Studienbuch, 5. Auflage, Hamburg 1966
- ders. Der römische Anteil am deutschen bürgerlichen Recht, JuS 1967, S. 337-344
- Keller, Friedrich
Ludwig von Pandekten, Vorlesungen, aus dem Nachlasse des Verfassers herausgegeben von Emil Friedberg, Leipzig 1861
- Kiefner, Hans Bemerkungen zu Savignys System des heutigen römischen Rechts (Vortrag, 16. Deutscher Rechtshistorikertag, Basel 1966). Zitiert nach Wesel, Uwe, Mitteilungen vom 16. Deutschen Rechtshistorikertag, Z.S.R.G. R.A. 84. Band (1967) S. 640-641
- ders. Der Einfluß Kants auf Theorie und Praxis des Zivilrechts im 19. Jahrhundert, in: Philosophie und Rechtswissenschaft, Hrsg. J. Blühdorn und J. Ritter, Frankfurt/Main 1969, S.3-25

- Kierulff, Johann
Friedrich Theorie des Gemeinen Civilrechts,
Altona 1839
- Kipp, Theodor -
Wolff, Martin Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts,
2. Band, 2. Abt., 5. Bearbeitung,
Marburg 1925
- Kirchhoff, J.H.W. Gesinde-Recht nach Grundsätzen des
gemeinen und Preußischen Rechts und
mit vorzugsweiser Berücksichtigung
der Provinzial-Gesetze und Statute
in Neu-Vorpommern und Rügen,
Stralsund 1835
- Knemeyer, Franz-Ludwig Polizeibegriffe in Gesetzen des
15. bis 18. Jahrhunderts, A.ö.R.
92 (1967) S. 153-180
- Kohler, Josef Recensionsabhandlungen:
Dernburg, Lehrbuch des Preußischen
Privatrechts und der Privatrechts-
normen des Reichs, 3. Band
in: Z.Vgl.R.IV (1883) S. 296-303
- Koschaker, Paul Europa und das römische Recht, 2.
Auflage, München und Berlin 1953
- Kuntze, Johannes Emil In systemate juris civilis hodierni
doctrina de jure tutelae num juri
obligationum adscribenda sit?
Leipzig 1851
- Lammeyer, J. Die Institutionen des Gaius,
Paderborn 1929
- Larenz, Karl Methodenlehre der Rechtswissen-
schaft, Berlin, Göttingen, Heidel-
berg 1960
- Lenel, Otto Briefe Savigny's an Georg Arnold
Heise in: Z.S.R.G. R.A. 36. Band
(1915) S. 96
- Mackeldey, Ferdinand Lehrbuch des heutigen Römischen Rechts,
12. Ausgabe, herausgegeben von
Konrad Franz Roßhirt, Gießen 1842
- Menger, Christian-
Friedrich Höchststrichterliche Rechtsprechung
zum Verwaltungsrecht, Verwaltungs-
archiv 62. Band S. 390-402
- Mühlenbruch, Christian
Friedrich Lehrbuch des Pandekten-Rechts
1. Theil, Halle 1835
3. Theil, Halle 1840
- Neuner, Carl Wesen und Arten der Privatrechts-
verhältnisse, Kiel 1866

- Oltmans, A.C.
(Herausgeber) De Institututen van Gajus, Haarlem
1958
- Planck, Gottlieb Bürgerliches Gesetzbuch, 4. Band,
1. und 2. Auflage, Berlin 1901
- Puchta, Georg Friedrich System des gemeinen Civilrechts,
München 1832
- ders. Pandekten, 3. Auflage, Leipzig 1845
- ders. Vorlesungen über das heutige römi-
sche Recht, herausgegeben aus dem
Nachlaß von Rudorff, 1. Band,
5. Auflage, Leipzig 1862, 2. Band,
5. Auflage, Leipzig 1863
- ders. Cursus der Institutionen, 10. Auf-
lage, Leipzig 1893
- ders. Betrachtungen über alte und neue
Rechtssysteme, in: Rheinisches
Museum für Jurisprudenz III (1829)
S. 115-133; nochmals abgedruckt
in: Puchta, Georg Friedrich:
Kleine civilistische Schriften,
herausgegeben von Rudorff, Leipzig
1851
- ders. Zu welcher Classe gehört der Besitz?
Beantwortet durch eine Classifica-
tion der Rechte überhaupt
in: Rheinisches Museum für Juris-
prudenz III (1829) S. 289-308
- Pufendorf, Samuel De Jure naturae et gentium libri
octo, 2 Bände, Frankfurt und Leip-
zig 1744
- Raiser, Ludwig Der Stand der Lehre vom subjektiven
Recht im deutschen Zivilrecht,
ZBJ 1961, S. 121-152
- Regelsberger, Ferdinand Pandekten, 1. Band, Leipzig 1893
- Ritschl, Otto System und systematische Methode
in der Geschichte des wissenschaft-
lichen Sprachgebrauchs und der phi-
losophischen Methodologie, Bonn 1906
- Rupp, Hans Heinrich Zum Anwendungsbereich des verwaltungs-
rechtlichen Vertrages
in: JuS 1961, S. 59-62
- Savigny, Friedrich Carl v. Juristische Methodenlehre, nach

- der Ausarbeitung des Jakob Grimm
herausgegeben von G. Wesenberg,
Stuttgart 1951
- ders. Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetz-
gebung und Rechtswissenschaft,
Heidelberg 1814
- ders. Besprechung von N. Th. von Gönner,
Über Gesetzgebung und Rechtswissen-
schaft in unserer Zeit, Erlangen
1815 in: Z.f.g.R. I (1815) S.373-423,
wieder abgedruckt in Savigny, Ver-
mischte Schriften V S.115-172
- ders. System des heutigen Römischen Rechts,
1. Band, Berlin 1840
3. Band, Berlin 1840
- ders. Darstellung der in den Preußischen
Gesetzen über die Ehescheidung unter-
nommenen Reform, Berlin 1844 (ohne
Namensangabe des Verfassers);
ferner in: Savigny, Vermischte
Schriften V S. 222-414
- Scheurl, Adolf von Das gemeine deutsche Eherecht und
seine Umbildung, Erlangen 1882
- Schmelzeisen, Gustaf Polizeiordnungen und Privatrecht,
Klemens Münster und Köln 1955
- ders. Das polizeiliche Rechtsgebot in der
neueren Privatrechtsgeschichte,
Karlsruhe 1967
- Schnabel, Franz Deutsche Geschichte im 19. Jahr-
hundert, 2. Band, Freiburg 1949
- Schröter, A.W. von Recension: Lehrbuch der Pandekten
von G.F. Puchta, Kr.J.f.d.R. IV
(1840) S. 289-301
- Schwarz, Andreas B. Zur Entstehung des modernen Pandek-
tensystems, Z.S.R.G. R.A. 42. Band
(1921) S. 578-610
- Schweppe, Albrecht Das römische Privatrecht in seiner
heutigen Anwendung, 4. Ausgabe,
4. Band, Göttingen 1832
- Seidensticker, Johann Entwurf eines Systems des Pandec-
ten-Rechts, Jena 1807 (zitiert nach
Kuntze, In systemate S. 6)
- Sintenis, Carl Fr. Das practische gemeine Civilrecht,
Ferdinand 1. Band, Leipzig 1844
3. Band, Leipzig 1851

- Sintonis, Carl Fr.
Ferdinand Bemerkungen über Rechtssysteme,
besonders die in der neuesten Zeit
einander entgegengestellten,
Z.f.C.P. XIX S. 41-72
- Sohm, Rudolf Institutionen des römischen Rechts,
4. Auflage, Leipzig 1889
- Sokolowski, Paul Die Philosophie im Privatrecht, Band
II, Unveränderter Neudruck der
Ausgabe Halle 1907, Aalen 1959
- Stahl, Friedrich Julius Die Philosophie des Rechts nach ge-
sichtlicher Ansicht, 2. Band, 1.
Abt., Heidelberg 1833
- Stintzing, Roderich -
Landsberg, Ernst Geschichte der Deutschen Rechtswis-
senschaft, 1. Abt., München und Leip-
zig 1880, 2. Abt., München und Leip-
zig 1884, 3. Abt., 1. Halbband,
München und Leipzig 1898, 3. Abt.,
2. Halbband, München und Berlin 1910
- Stoll, Adolf Friedrich Karl von Savigny. Ein
Bild seines Lebens mit einer Sammlung
seiner Briefe, Band I: Der junge
Savigny, Berlin 1927
- Thibaut, Anton Friedrich
Justus System des Pandektenrechts, 7. Aus-
gabe, Jena 1828;
9. Ausgabe, nach des Verfassers Tode
besorgt durch Alexander August
von Buchholtz, Jena 1846
- ders. Vertheidigung meiner Begriffe über
jus personarum und rerum wider den
Herrn Prof. Hübner
in: Versuche über einzelne Theile
der Theorie des Rechts, 2. Band,
Jena 1801 S. 1-25
- Thon, August Rechtsnorm und subjektives Recht,
Neudruck der Ausgabe Weimar 1878,
Aalen 1964
- Trendelenburg, Adolf Naturrecht, Leipzig 1860
- Unger, Joseph System des österreichischen allge-
meinen Privatrechts, 1. Band, 4.
Auflage, Leipzig 1876
- Unterholzner, Carl
August Dominik Über die Classification der Pri-
vatrechte
in: Juristische Abhandlungen,
München 1810 S. 93-198

- Urbaschek, Bruno Empirische Rechtswissenschaft und
Naturrecht, Meisenheim am Glan
1966
- Vangerow, Karl Adolf von Lehrbuch der Pandekten, 1. Band,
2. Abt., Marburg 1851
- Wächter, Carl Georg Handbuch des im Königreich Württem-
berg geltenden Privatrechts, 2.
Band, Stuttgart 1842
- Weber, Heinrich Gustav Hugo. Vom Naturrecht zur
historischen Schule, Göttingen 1935
- Wendt, Otto Lehrbuch der Pandekten, Jena 1888
- Wening-Ingenheim,
Johann Nepomuk von Lehrbuch des gemeinen Civilrechts
nach Heise's Grundriß eines Systems
des gemeinen Civil-Rechts zum Behuf
von Pandekten-Vorlesungen bearbeitet,
4. Auflage, München 1831
- Wieacker, Franz Privatrechtsgeschichte der Neuzeit,
2. Auflage, Göttingen 1967
- ders. Gründer und Bewahrer, Göttingen 1959
- ders. Wandlungen im Bilde der historischen
Rechtsschule, Karlsruhe 1967
- Wilhelm, Walter Savignys überpositive Systematik,
in: Philosophie und Rechtswissen-
schaft, Hrsg. J. Blühdorn und J.
Ritter, Frankfurt/Main 1969,
S. 123-136
- ders. Zur juristischen Methodenlehre im
19. Jahrhundert, Frankfurt 1958
- Windscheid, Bernhard Lehrbuch des Pandektenrechts, 7.
Auflage, Frankfurt/Main 1891
8. Auflage, 1. Band, herausgegeben
von Theodor Kipp, Frankfurt/Main
1900
- Wolf, Erik Friedrich Carl von Savigny
in: Große Rechtsdenker der deutschen
Geistesgeschichte, 4. Auflage,
Tübingen 1963, S. 467-542
- Wolf, Ernst Ehe, Zerrüttung und Verschulden,
NJW 1968, S. 1497-1502
- Wolff, Christian Institutiones iuris naturae et gentium,
Halle 1763

Wolff, Hans J.

Verwaltungsrecht III, München,
Berlin 1966

Zitelmann, Ernst

Der Wert eines "allgemeinen Teils"
des bürgerlichen Rechts
in: Zeitschrift für das Privat- und
öffentliche Recht der Gegenwart,
33. Band (1906) S. 1-32

Zwilmeyer, Franz

Die Rechtslehre Savignys, Leipzig
1929

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

Abt.	Abteilung
A.c.P.	Archiv für civilistische Praxis
Anm.	Anmerkungen
A.ö.R.	Archiv des öffentlichen Rechts
Cap.	Capitel
C.M.	Civilistisches Magazin
Diss.	Dissertation
Gai.	Gajus, Institutionen
Iher.Jb.	Ihering's Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts
JuS	Juristische Schulung
Kr.J.f.d.R.	Kritische Jahrbücher für deutsche Rechtswissenschaft ("Richters Jahrbücher")
Kr.V.	Kritische Vierteljahresschrift
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
R.u.W.	Recht und Wirtschaft
scil.	scilicet
Sp.	Spalte
Z.B.J.	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins
Z.f.C.P.	Zeitschrift für Civilrecht und Proceß
Z.f.g.R.	Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft
Z.S.R.G. R.A.	Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung
Z.Vgl.R.	Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft

G L I E D E R U N G

Seite

Einleitung	1
1. Kapitel	
System und systematische Methode	2
1. Begriff des Systems	2
2. Systematisierung des römischen Rechts von Gajus bis Heise: Ein geschichtlicher Überblick	3
2. Kapitel	
Die spezifischen Probleme der Einordnung des Familienrechts in die Systeme der Pandektistik des 19. Jahrhunderts	10
1. Begrenzung des Familienrechtsbegriffs	10
2. Die Bedeutung außerrechtlicher Faktoren für die systematische Stellung des Familienrechts	12
3. Das Spannungsfeld zwischen einem System von subjektiven Rechten und dem Familienrecht als einem Bereich von "Kooperationsnormen"	15
3. Kapitel	
Der Einfluß des "Jus personarum" bei Gajus und Justinian auf die systematische Stellung des Familienrechts in den Pandektensystemen der Neuzeit	16
4. Kapitel	
Die Stellung des Familienrechts im Privatrechtssystem Puchtas	23
1. Das faktische Objekt des subjektiven Rechts als Systemkriterium	24
a) Überragende Bedeutung der systematischen Darstellung	24
b) Die rechtsphilosophische Fundierung	25
c) Logische Deduktion und lebendiger Organismus des Rechts	26
d) Die aus den fünf Rechtsobjekten folgende "Classification"	27
2. "Rechte an anderen Personen" statt Familienrecht	29

	Seite
a) Abgrenzung zum Sachenrecht	30
b) Abgrenzung zum Obligationenrecht	33
c) Vergleich mit Unterholzners "Rechten an der Person"	36
3. Das Familienrecht im System der Rechtsverhältnisse	38
4. Kritik an Puchtas Systematik	40
5. Kapitel	
Die Stellung des Familienrechts in Savignys "System des heutigen römischen Rechts"	47
1. Die spezifischen Merkmale des Familienrechts	47
2. Das Familienrecht als Bestandteil der Privatrechtsordnung	52
3. Subjektives Recht, Rechtsverhältnis und Rechtsinstitut in Savignys System	54
4. Vergleich des Familienrechts Savignys mit dem Kants	58
5. Savignys sittlicher Konservatismus und dessen Einfluß auf das Familienrecht	60
6. Die "künstlichen Erweiterungen" des Familienrechts	62
7. Kritische Stimmen in der Pandektenliteratur zu Savignys systematischer Einordnung des Familienrechts	64
6. Kapitel	
Die Zuweisung des Familienrechts zum öffentlichen Recht	68
1. Das Familienrecht im Pandektensystem Thibauts	68
2. Das Familienrecht als Bestandteil des "publicum ius" bei Burchardi	72
3. Die engeren Privatrechtsbegriffe von Rudolf Sohm und August Geyer	75
7. Kapitel	
Der Streit um die Zuordnung einzelner Gebiete zum Familienrecht	79
1. Familiengüterrecht	79
2. Verwandtschaft	82
3. Vormundschaft	85

E i n l e i t u n g

In den Lehren der historischen Rechtsschule des 19. Jahrhunderts war neben dem historischen auch ein dogmatisch-systematisches Element wirksam¹⁾. Mit einem Teilaspekt des systematischen Elements wird sich die folgende Abhandlung befassen. Es soll untersucht werden, in welchem systematischen Zusammenhang die Pandektisten des 19. Jahrhunderts das Familienrecht abgehandelt haben.

Mit der Beschränkung auf die Pandektistik soll nicht zum Ausdruck gebracht werden, daß die systematische Betrachtungsweise den Germanisten fremd war. Eine solche Behauptung wäre falsch. So unterschied zum Beispiel Carl von Gerber, einer der bedeutendsten Vertreter der germanistischen Rechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts in seinem programmatischen Aufsatz "Über deutsches Recht und deutsche Rechtswissenschaft überhaupt"²⁾ deutlich zwischen der geschichtlichen und dogmatisch-systematischen Seite der Rechtswissenschaft:

"Die geschichtliche Darstellung knüpft das Recht an seine erzeugenden Momente in der Vergangenheit an. Sie erzielt sein Entstehen und allmähiges Wachsen bis zur gegenwärtigen Erscheinung ... Das Recht ist aber nicht bloß eine Thatsache, die gewußt, es ist zugleich eine lebendige Macht, von der die Gegenwart beherrscht werden soll. Daher ist es nothwendig, daß die aus der Geschichte gewonnenen Rechtsideen ... nicht bloß als folgenreiche Thatsache äußerlich erzählt und geschildert, sondern als lebendige Glieder eines in unserem eigenen Wollen und Empfinden begründeten Organismus erkannt werden. Diese Thätigkeit ist eine wesentlich productive ... Diese letzte That bedurfte sowohl das römische als das deutsche Recht." (3)

Die Fülle des zu bewältigenden Stoffes machte jedoch eine Auswahl erforderlich. Es wurden nur Pandektisten berücksichtigt, weil bei ihnen die spezifischen Schwierigkeiten der systematischen Erfassung des Familienrechts besonders klar hervortreten.

-
- 1) Vgl. näher dazu Coing, Systembegriff, S. 149ff
 - 2) Zuerst erschienen 1851; hier zitiert nach dem Neuabdruck in: Gesammelte juristische Abhandlungen, S. 1-35
 - 3) Gerber, Über deutsches Recht, S. 11

1. Kapitel

System und systematische Methode

1. Begriff des Systems

Obwohl die Frage nach der Bedeutung des Systemgedankens für die Jurisprudenz zu den umstrittensten Problemen der juristischen Methodenlehre gehörte und noch immer gehört¹⁾, führte die bisherige Diskussion zu keiner allgemein anerkannten Definition. Für diese Abhandlung reicht es aber aus, in Anlehnung an Coing für das 19. Jahrhundert drei Bedeutungen des Wortes System zu unterscheiden²⁾:

"System als subjektive planmäßige Ordnung eines gegebenen Stoffs;

System als Spiegelung einer objektiven Ordnung der Dinge;

System als deduktiver Begründungszusammenhang von Sätzen."

Im folgenden wird jeweils von der Einordnung des Familienrechts in den Zusammenhang mit anderen Rechtssätzen ausgegangen werden, das heißt von den Systemen als subjektiven planmäßigen Ordnungen des im 19. Jahrhundert geltenden oder des historischen römischen Rechts. In einer solchen planmäßigen Ordnung sah zum Beispiel KIERULFF die Hauptaufgabe der Jurisprudenz seiner Zeit:

"Sie (scil. die Jurisprudenz) kann ihre Originalität nur in der Organisation der Masse, der geistigen Bezwingung der vorhandenen Mannichfaltigkeit des Rechts ... haben."³⁾

Es handelt sich hierbei um den allgemeinen, nicht nur in der Rechtswissenschaft verwendeten Begriff des Systems, wie er sich auch im Deutschen Wörterbuch der Brüder Grimm findet⁴⁾: Danach versteht man unter System im allgemeinsten Sinn "ein sinnvoll gegliedertes ganzes, dessen einzelne teile

1) Vgl. dazu Canaris, Systemdenken S. 9

2) Coing, Systembegriff, S. 149

3) Kierulff, Theorie XXIII

4) Grimm, Wörterbuch 10/4 Sp. 1433

in einem zweckmäßigen zusammenhang stehen o d e r ¹⁾ unter einem höheren prinzip, einer idee, einem gesetz sich zu einer einheit zusammenordnen"²⁾.

Nicht mehr als Gliederung und Verbindung sind demnach die Merkmale dieses - notwendigerweise weiten - Systembegriffs, den Alois BRINZ so umschrieb:

"Das System ist einerseits Theilung, besser Gliederung der Rechtsdinge ... nach deren Gattungen, Arten und nicht mehr theilbaren Spezies, andererseits, und schon seinem Namen nach, Verbindung" (3).

Wenn der Zusammenhang zwischen den Einzelerkenntnissen lückenlos und in der Form der D e d u k t i o n von bestimmten Ausgangssätzen darstellbar ist, spricht COING vom "strengen Systembegriff"⁴⁾. Die Vorstellung, die Rechtssätze ständen in einem solchen Ableitungszusammenhang, hat in der Pandektistik des 19. Jahrhunderts eine nicht unerhebliche Rolle gespielt, worauf im Laufe der Darstellung noch eingegangen wird.

2. Systematisierung des römischen Rechts von Gajus bis Heise: Ein geschichtlicher Überblick

Systematisierung war keine unvermittelte Erfindung der Jurisprudenz des 19. Jahrhunderts. Die rechtswissenschaftliche Systematik hat ihre Wurzeln in der Naturrechtslehre⁵⁾ und der französischen Schule des 16. Jahrhunderts, deren systematische Zielsetzung vor allem in den Werken des CONNANUS und des Hugo DONELLUS Ausdruck fand, der noch SAVIGNY beeinflusste⁶⁾.

1) Hervorhebung vom Verfasser

2) Näher zum allgemeinen Systembegriff Canaris, Systemdenken, S. 11ff

3) Brinz, Lehrbuch I/1 S. 76

4) Coing, Geschichte S. 9

5) Larenz, Methodenlehre S. 16ff; vgl. auch Wieacker, Privatrechtsgeschichte S. 308ff, S. 312, S. 320 Fußnote 31

6) Vgl. Savigny, Methodenlehre S. 63; Savigny, System I S. 337; dazu auch Coing, Subjektives Recht S. 42/43

Die Idee, das Recht in einem System zu erfassen, reicht aber noch weiter zurück. Es kann hier nicht der Systemgedanke in der Rechtswissenschaft oder auch nur im Pandektenrecht im einzelnen verfolgt werden¹⁾; es ist jedoch sinnvoll, in Kürze zu vermerken, wo eine systematische Bearbeitung des römischen Rechts auftaucht, von der möglicherweise Einflüsse auf die Ausformung und Einordnung der einzelnen Rechtsmaterien ausgegangen sind²⁾.

An erster Stelle muß hier das älteste systematische Werk über römisches Recht genannt werden, die Institutionen des GAJUS, dies nicht der Vollständigkeit halber, sondern weil es noch in der Diskussion des 19. Jahrhunderts in Deutschland eine erhebliche Rolle gespielt hat. PUCHTA lobte in seiner "Philippika" "Betrachtungen über alte und neue Rechtssysteme", GAJUS habe im Gegensatz zu HUGO und HEISE einen "bestimmten, wohl bewußten Plan vor Augen" gehabt und habe diesen auch "mit Geschick und Konsequenz" durchgeführt, mithin die "Forderungen hinreichend erfüllt", die an ein wissenschaftliches System zu stellen seien³⁾, obwohl PUCHTA nicht viel später⁴⁾ ein völlig anders konstruiertes System publizierte.

Gustav HUGO fand, man brauche die Ordnung, die GAJUS zugrundelegte, nur "von späthern Mißverständnissen zu reinigen, um sie so natürlich zu finden, als irgendeine andere"⁵⁾. Die Diskussion um Systeme im 19. Jahrhundert war nicht zuletzt auch eine Diskussion über Richtigkeit und Zweckmäßigkeit der

1) Einen historischen Überblick über die Entwicklung des Begriffs "System" gibt RITSCHL, System

2) Genauer hierzu: COING, Geschichte passim, und COING, Subjektives Recht passim

3) PUCHTA, Betrachtungen S. 227

4) Die erste Auflage seines Pandektenlehrbuches "System des gemeinen Civilrechts" erschien 1832 und führte ein streng deduktiv vom subjektiven Recht ausgehendes System durch.

5) HUGO, Civilistischer Cursus I S. 48

Gliederung des GAJUS¹⁾. Der französische Code civil und das österreichische ABGB wurden stark vom dreigliedrigen System des GAJUS beeinflusst²⁾.

Die Rezeption des römischen Rechts führte zunächst zu exegetischen und kommentierenden Werken. Bedürfnisse des juristischen Unterrichts, aber auch allgemeine geistige und philosophische Tendenzen der Renaissancezeit³⁾ ließen zuerst im Frankreich des 16. Jahrhunderts wissenschaftliche Werke selbständig systematischer Art entstehen, unter denen die "commentarii juris civilis" des Hugo DONELLUS und des Franziskus CONNANUS hervorrangen⁴⁾, die offenbar auch die Pandektisten des 19. Jahrhunderts benutzten⁵⁾. Schon zu dieser Zeit machte sich der Einfluß der GAJUS-Institutionen vermittels der justinianischen Institutionen in systematischer Hinsicht geltend⁶⁾. In Deutschland war es vor allem VIGELIUS, den Mißstände des Unterrichts in der zweiten Hälfte des 16. Jahrhunderts dazu veranlaßten, in seinem "Methodus juris civilis"⁷⁾ "inmitten und entgegen den Exegeten"⁸⁾ ringsum, eigene methodische Wege

-
- 1) Vgl. unter anderem: DÜROI, Bemerkungen über actio; HUGO, Das römische System S. 227-237; HUGO, Obligationen nach GAJUS S. 385-431
 - 2) Vgl. KASER, Studienbuch S. 19
 - 3) COING, Geschichte S. 22/23
 - 4) COING, Geschichte S. 22; insbesondere über das System des DONELLUS: COING, Subjektives Recht S. 44-46. Über vereinzelte systematische Ansätze von Vorläufern vgl. STINTZING-LANDSBERG, Geschichte I S. 256ff
 - 5) Vgl. BRINZ, Lehrbuch I S. 75; PUCHTA, System S. 4; ARNDTS, Lehrbuch S. 16
 - 6) STINTZING-LANDSBERG (Geschichte S. 424) führen als Beispiel das "Syntagma juris universi" des Petrus Gregorius TOLOSANUS an, das - von geringfügigen Abweichungen abgesehen - dem Institutionensystem folge.
 - 7) Zitiert nach STINTZING-LANDSBERG, Geschichte I S. 428
 - 8) BRINZ, Lehrbuch I S. 75

zu beschreiten.

Daneben wurde es seit dem 16. Jahrhundert üblich, rechtswissenschaftliche Bücher zu schreiben, die von den Institutionen bzw. Pandekten des Justinian zwar insoweit abwichen, als sie nicht mehr Textstelle für Textstelle abhandelten und erläuterten, sondern nur noch die justinianische Titelfolge einhielten, innerhalb der einzelnen Titel aber eine freie Darstellung wählten¹⁾ (sogenannte Legalordnung). Als systematische Werke können sie aber nicht bezeichnet werden²⁾. Die Legalordnung wurde zwar bis ins 19. Jahrhundert hinein am häufigsten zugrunde gelegt, aber auch immer wieder aus methodologischen und didaktischen Gründen angegriffen³⁾.

Im 17. und 18. Jahrhundert trieb die Naturrechtsbewegung die Entwicklung der systematischen Jurisprudenz kraftvoll weiter. Es ist verständlich, daß gerade Naturrechtler in hervorragender Weise systematisch gearbeitet haben, da sie, an positive Quellen nicht gebunden, ihrem Rationalismus freien Lauf lassen konnten. Die Übertragung quellenmäßig ungebundener Systeme auf das römische Recht ergab sich daraus, daß einzelne Naturrechtler bald daran gingen, die am Naturrecht geschulte Methode auf die Bearbeitung des gemeinen positiven Rechts anzuwenden. Auf die Einflüsse, die von den Naturrechtssystemen ausgingen, hat grundlegend Andreas B. SCHWARZ hingewiesen⁴⁾. Die Entwicklung kann im einzelnen hier nicht dargestellt werden⁵⁾.

-
- 1) Vgl. das sehr umfassende Pandektenwerk von GLÜCK (47 Bände) und die Zusammenstellung der bedeutendsten Gesamtdarstellungen des Pandektenrechts bei WINDSCHEID, Lehrbuch I S. 27-29
 - 2) Vgl. oben S. 5 Fußnote 4
 - 3) Näheres dazu STINTZING-LANDSBERG, Geschichte II S. 337
 - 4) SCHWARZ, Entstehung S. 578ff m.w.N.
 - 5) Vgl. dazu noch: COING, Europäische Privatrechtsgeschichte S. 23ff; COING, Geschichte S. 23

Erwähnenswert ist aber im Rahmen der vorliegenden Untersuchung, daß sich gerade im Hinblick auf die Stellung des Familienrechts im Pandektensystem bemerkenswerte Parallelen zum Naturrecht ziehen lassen¹⁾; während man im römischen Institutionensystem auf den "familiären Status" bezügliches Recht im ersten Teil, also im Personenrecht findet, wählte PUFENDORF²⁾ in seinem "Jus naturae et gentium" (zuerst 1672) eine andere Reihenfolge: Er ging vom Recht der Einzelperson aus und stellte dann das Familienrecht dar (Cap. I "De matrimonio", Cap. II "De potestate patria", Cap. III "De potestate herili"), bevor er sich dem Recht des Staates zuwandte:

Igitur priusquam de imperio civili agamus, dispiciendum fuerit de matrimonio, ex quo familiae proveniunt, et unde imperiis et civitatibus constituendis velut materies oritur. Nam quemadmodum corpus humanum ex diversis membris componitur, quae et ipsa in se considerata corporum instar prae se ferunt: ita et civitates ex minoribus societatibus constant; quarum quaedam vocantur simplices et primae, caeterae paulo magis compositae, et fere collegiorum nomine veniunt. Illarum tres sunt, societas maritalis, paterna, et herilis"(3).

In dieser Überleitung zu Beginn des "Gemeinschaftsrechts" kennzeichnete PUFENDORF die Familie als Bindeglied zwischen Individuum und Staat; überdies klang eine "organische" Betrachtungsweise an; beide Charakteristika finden sich in frappanter Ähnlichkeit der Formulierungen bei SAVIGNY wieder, wenn man einmal von der in diesem Zusammenhang unerheblichen Auswechselung des Begriffs "civitas" durch "Menschheit" absieht: "Hier (scil. im Familienrecht) betrachten wir den einzelnen Menschen nicht als ein für sich bestehendes Wesen, sondern als Glied des organischen Ganzen der gesamten Menschheit"⁴⁾. PUFENDORFs System wurde "für die ganze Folgezeit typisch"⁵⁾. Wenngleich die Naturrechtssysteme insge-

1) Vgl. dazu SCHWARZ, Entstehung S. 603ff

2) Auf den Einfluß PUFENDORFs auf die Pandektensystematik weist nachdrücklich WIEACKER, Privatrechtsgeschichte S. 309/310, hin

3) PUFENDORF, Jus naturae, liber VI, Cap. I § II (S.4)

4) SAVIGNY, System I S. 340

5) STINTZING-LANDSBERG III/1 S.13

samt eine ziemlich verwirrende Vielfalt zeigten, so fußten sie doch in den systematischen Grundlagen überwiegend auf PUFENDORF, so daß es wohl keine Spekulation ist, wenn man einen unmittelbaren Zusammenhang zwischen Naturrechtssystem und Pandektensystem konstatiert.

Den Schritt zum klassischen 5-Bücher-System soll als erster angeblich Arnold HEISE 1807 in seinem auf eine bloße Gliederung beschränkten "Grundriß eines Systems des gemeinen Civilrechts" getan haben¹⁾. In Wirklichkeit hatte aber schon 1789 Gustav HUGO in den "Institutionen des heutigen römischen Rechts" nach einer, wenn auch sehr knapp gehaltenen Einleitung, in dieser Reihenfolge "die Realrechte, die Personalobligationen, Familienrechte und Verlassenschaften" behandelt, wobei er noch den Prozeß anschloß. Aber schon im 19. Jahrhundert bürgerte sich für diese Art der Darstellung die Bezeichnung "Heise'sches System" ein²⁾. Der Grund für das Vergessen des Erfinders liegt wohl einerseits darin, daß sich HUGO in der Folgezeit von seinem System abkehrte, um zum "römischen System" (gemeint ist das Institutionen-System) zurückzukehren, weil es ihm wichtiger schien, "so höchst achtungswürdigen Vorgängern zu folgen, mit deren Ordnung man sich doch bekanntmachen muß ..." ³⁾. Andererseits war HEISE ein Lehrer von großem Einfluß, nach dessen "Grundriß" auch SAVIGNY seine Vorlesungen in Landshut und Berlin hielt⁴⁾. Nach HEISE wurde die traditionelle Legalordnung langsam völlig verdrängt.

Seitdem legten nahezu alle Pandektisten eine selbstgewählte Ordnung zugrunde, die sich allerdings häufig mehr oder weniger stark an das Institutionensystem anlehnte. Ein allseits anerkanntes Pandektensystem, in konstituierenden Grundlagen und Plan der Ausführung unumstritten, war damit noch nicht

1) So KASER, Studienbuch S. 19

2) Vgl. unter anderem WENING-INGENHEIM, Lehrbuch

3) HUGO, Beyträge I S. 521

4) Vgl. LENEL, Briefe S. 97, 128ff

gefunden. Vielmehr war das Heise'sche System erst der Auftakt einer dogmatisch-systematischen Entwicklung, in der sowohl die dem Pandektensystem zugrunde liegenden Axiome als auch die einzelnen Glieder einer eingehenden Analyse mit zum Teil sehr unterschiedlichen Ergebnissen unterzogen wurden.

2. Kapitel

Die spezifischen Probleme der Einordnung des Familienrechts in die Systeme der Pandektistik des 19. Jahrhunderts

Unter den fünf Hauptteilen des HUGO-HEISE'schen Systems waren es vor allem der Allgemeine Teil und das Familienrecht, über die es in der Pandektenwissenschaft zu Systemkontroversen kam. Im folgenden soll nun zunächst untersucht werden, aus welchen Gründen gerade die Einordnung des Familienrechts in die Pandektensysteme des 19. Jahrhunderts Schwierigkeiten bereitete.

1. Begrenzung des Familienrechtsbegriffs

Der Begriff "Familienrecht" wurde bisher in dieser Abhandlung ohne nähere Erklärung gebraucht. Darauf konnte auch verzichtet werden, weil "Familienrecht" im Sinne der heutigen BGB-Systematik verstanden wurde, daß heißt als Inbegriff der Normen, die das Recht der Ehe und der Verwandtschaft, das Kindschafts- und Vormundschaftsrecht regeln. Für die Pandektistik des 19. Jahrhunderts war das Familienrecht noch kein so fest umrissenes Gebiet. Einerseits gab es Auseinandersetzungen darüber, ob die oben genannten Rechtsgebiete tatsächlich allesamt in das Familienrecht gehörten oder an anderer Stelle des Systems behandelt werden müßten¹⁾. Andererseits wurde bisweilen das "Gesinderecht" als dem Familienrecht zugehörig betrachtet und folglich im Zusammenhang mit Ehe, Kindschaftsrecht etc. behandelt²⁾. BLUHME meinte, es gebe zwei "reine Familienrechte", Ehe- und Elternrecht; "denn Vormundschaft und Gesinderecht stehen in unmittelbarer Beziehung zu den Güterrechten"³⁾. Er ging also davon aus,

1) Vgl. dazu im folgenden die Darstellung der systematischen Einordnung des Familiengüterrechts, der Verwandtschaft und der Vormundschaft, oben S.79 ff.

2) Vgl. unter anderem HOLZSCHUHER, Theorie S. 160ff; KIRCHHOFF, Gesinde-Recht S. 16-18

3) BLUHME, System S. 81

daß das Gesinderecht ebenso wie das Vormundschaftsrecht zum Familienrecht gehöre. Dennoch behandelte er das Gesinderecht nicht im Zusammenhang mit dem Vormundschaftsrecht im Kapitel Familiengüterrecht, sondern im Schuldrecht als eine Hauptart des Mietvertrages (Dienstmiete), wie es im 19. Jahrhundert vielfach üblich war¹⁾. HEISE wollte das Gesinderecht nur deshalb nicht unter den "Jura potestatis", die dem Inhalt nach identisch mit dem Familienrecht waren (Ehe, Väterliche Gewalt, Vormundschaft), behandeln, weil es wegen der vielfach ergangenen Gesindeordnungen kein gemeines Recht sei²⁾. Im ganzen gesehen taucht jedoch der Zusammenhang zwischen Familien- und Gesinderecht in der Pandektenliteratur des 19. Jahrhunderts relativ selten auf. Bei HOLZSCHUHER erklärt sich der Zusammenhang daraus, daß er die Ehe, das Kindschaftsrecht, die Vormundschaft, aber auch die bürgerliche Ehre und "die Verletzung der jungfräulichen Integrität" neben dem Gesinderecht als "Rechte der Persönlichkeit in bestimmten Beziehungen" behandelte, ein für die Bedürfnisse der Praxis nicht unzweckmäßiger Gesichtspunkt³⁾.

Die Zurechnung des Gesinderechts zum Familienrecht kann auch, sofern allein eine Darstellung des geltenden Rechts des 19. Jahrhunderts bezweckt war, auf einer Behandlung der Familie als eines sozialen Verbandes im Staate beruhen, wobei dann aber der Begriff der Familie in einem weiteren Sinne, einer bürgerlichen Gesellschaftsordnung gemäß, gebraucht wurde:

"Vermöge des Dienst-Contractes nämlich treten sie (scil. die Personen des Gesindes) in ein Familienband zur Herrschaft und haben die verfügende, ausübende und aufsehende Macht des Hausherrn als Familienhauptes anzuerkennen, und überhaupt sich als integrierenden Theil der Familie zu betrachten ... Wenn nämlich ein Mensch Frau oder Kinder oder Gesinde hat, so ist

1) Vgl. schon HUGO, Civilistischer Cursus II § 137 (S.136): "Das Verhältniß zum gemietheten Gesinde gehört in das Recht der Forderungen".

2) HEISE, Grundriß S. 65.

3) Das Buch war vor allem für Praktiker bestimmt, vgl. Vorwort S. V

eine sogenannte Familie da, folglich besteht das Familienrecht aus der Lehre von den Rechten zwischen Ehegatten, von den Rechten zwischen Eltern und Kindern, und den Rechten zwischen Herrschaft und Gesinde ... Jede Familie ... bildet heut zu Tage als erster und nächster Verband einen Staat im Staate."(1)

Im übrigen dürfte die Verbindung ihren Grund darin haben, daß hier dem Sozialbild KIRCHHOFFs verwandte römische Vorstellungen mitschwingen. Der Ausdruck familia hatte im lateinischen Sprachgebrauch auch die Bedeutung von "Gesamtheit der Sklaven"²⁾, deren soziale Funktion in der Antike der des Gesindes im 19. Jahrhundert ähnlich war. Dagegen rechtfertigte die rechtliche Struktur des "Gesindeverhältnisses" eine Behandlung in unmittelbarem Zusammenhang mit der Familie nicht mehr. NEUNER³⁾ führte daher die Meinung, das Gesindeverhältnis sei ein Familienverhältnis oder wenigstens ein familienähnliches Verhältnis, zurück auf eine unzulässige Identifizierung des römisch-rechtlichen Begriffes familia als Bezeichnung für Vermögen - wozu freilich in ältester Zeit auch die Sklaven wie andere "Gegenstände" gehörten - mit dem Begriff der Familie im Sinne der sozialen Wirklichkeit des 19. Jahrhunderts. Es sei zu unterscheiden zwischen Hausgewalt und Familiengewalt⁴⁾. Zur Familie im Sinne der p e r s ö n l i c h e n f a m i l i a gehöre das Gesinde nicht⁵⁾.

2. Die Bedeutung außerrechtlicher Faktoren für die systematische Stellung des Familienrechts

Als ein schwieriges Problem für die systematische Einordnung erwiesen sich einige spezifische Eigenarten des Familienrechts, die in der Pandektenliteratur des 19. Jahrhunderts einen

1) KIRCHHOFF, Gesinde-Recht S. 16/17

2) Vgl. MÜHLENBRUCH, Lehrbuch I S. 381

3) Wesen S. 33

4) NEUNER, Wesen S. 33

5) NEUNER, Wesen S. 33

breiten Raum einnehmen. Im Familienrecht mußte die soziale Entwicklung seit den Zeiten des klassischen römischen Rechts tiefere Spuren hinterlassen als in manchen anderen Rechtsgebieten. Das Familienrecht ist in viel größerem Maße als beispielsweise das Vermögensrecht von kultursoziologischen Fakten determiniert¹⁾. So stellte Ernst Immanuel BEKKER mit Recht fest, daß die "Familiengewalten", wie er sich ausdrückte, seit ihrem ersten Hervortreten größeren Veränderungen unterlegen seien als Obligationen und dingliche Rechte²⁾. Das gilt natürlich nicht nur für das Pandektenrecht des 19. Jahrhunderts im Vergleich zum römischen Recht zur Zeit Justinians, sondern auch für die Evolution des römischen Rechts im Verlauf von über tausend Jahren.

Die Entwicklung des römischen Familienrechts ist gekennzeichnet durch eine immer stärker werdende Individualisierung gegenüber der Geschlossenheit des altrömischen Familienverbandes, wobei sich aber außerordentlich lange die erstarrten Formen der rustikalen Gesellschaft gegenüber der fortschreitenden sozialen Wirklichkeit behaupten konnten³⁾. Die Rechtseinrichtungen hatten vor allem im Familienrecht im 19. Jahrhundert vielfach eine andere Bedeutung als die gleichnamigen römischen⁴⁾. Dieser Tatbestand erschwerte verständlicherweise auch die systematische Einordnung der Rechtsinstitute, weil er Unsicherheit über deren faktische und rechtliche Qualität hervorrief.

In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, daß die Römer bis in die christliche Zeit hinein der **r e c h t l i c h e n** Ausgestaltung der Familienverhältnisse relativ wenig Beachtung geschenkt haben. So war die Ehe noch in klassischer Zeit ein faktisches Verhältnis des sozialen Lebens außer-juristischen

1) Vgl. dazu auch KASER, Anteil S. 340

2) BEKKER, System I S. 77

3) Vgl. dazu KASER, Privatrecht I S. 232, und Privatrecht II S. 74

4) BÖCKING, Pandekten I S. 130

Charakters¹⁾. Dem pater familias war die Familie rechtlich ähnlich zugeordnet wie die Sache dem Eigentümer, das Innenverhältnis entbehrte jeglichen aktionenrechtlichen Schutzes. Daraus folgte THON, der Hausvater sei auf sein "natürliches Können" beschränkt gewesen²⁾.

Der größere Einfluß außerrechtlicher Fakten erschwerte die systematische Orientierung insofern, als mit einer Änderung z.B. der sittlichen oder philosophischen Auffassungen häufig auch eine Neubesinnung über die Stellung des Familienrechts im System verbunden war. So nannte HUGO die Unterscheidung zwischen Familienrecht und Vermögensrecht "die am meisten Philosophische"³⁾.

Das veränderte Verhältnis zwischen Kirche und Staat führte dazu, daß die Pandektisten des 19. Jahrhunderts nahezu einhellig die ganze Lehre von der Eingehung und Trennung der Ehe im Pandektensystem völlig übergingen, da über diese Fragen nicht das römische, sondern das Kirchenrecht entscheide⁴⁾. Daran änderte für die Spätpandektistik auch nichts das Reichsgesetz über die Civilehe vom 6. Februar 1875, da das Gesetz nicht Modifikationen des Pandektenrechtes, sondern des kanonischen Rechts resp. der Landesehesetze enthielt⁵⁾.

1) Vgl. KASER, Privatrecht I S. 266

2) Vgl. dazu ausführlich THON, Rechtsnorm S. 186/187

3) HUGO, Die Obligationen nach Gajus S. 397

4) HEISE, Grundriß S. 66; PUCHTA, Vorlesungen II S. 273 (§§ 411, 412); ARNDTS, Lehrbuch S. 740/741; SINTENIS, Civilrecht III S. 5, Fußnote 3; von VANGEROW, Lehrbuch I/2 S. 439; anders, soweit ersichtlich, nur WENING-INGENHEIM, Lehrbuch III S. 2ff

5) Vgl. dazu SCHEURL, Eherecht S. 24

3. Das Spannungsfeld zwischen einem System von subjektiven Rechten und dem Familienrecht als einem Bereich von "Kooperationsnormen"

Es ist leicht einzusehen, daß eine am Ziel scharfer Begriffsbildung und klarer Abgrenzung von Herrschaftssphären orientierte Rechtswissenschaft mit einem durch außerjuristische Bindungen gehaltenen "Stoff" wie dem Familienrecht erhebliche Schwierigkeiten hatte. Das Moment des "überwiegend Sittlichen"¹⁾ oder was immer die Pandektistik des 19. Jahrhunderts an Abgrenzungsmerkmalen für das Familienrecht herangezogen hat, ordnet sich ebenso wenig bruchlos in ein System der subjektiven Rechte ein wie die Gestaltung der Ehe oder des Kindschaftsverhältnisses als ein Bereich des "Faktischen", des "natürlichen Könnens". Zudem hat die Erfahrung des 19. Jahrhunderts deutlich gezeigt, daß, wie COING es ausdrückt, das Recht, auch das Privatrecht, nicht nur die Aufgabe hat, die gegenseitigen Rechte voneinander abzugrenzen, sondern daneben auch die Kooperation der Glieder der Rechtsgemeinschaft zu ermöglichen²⁾. Die Beachtung kooperationsrechtlicher Gesichtspunkte gehörte zu den besonderen Schwierigkeiten, denen sich die Pandektisten des 19. Jahrhunderts bei der Einordnung des Familienrechts in das System konfrontiert sahen. Häufig beließ man es einfach resignierend bei der Feststellung, daß die Familienrechte eben ganz anderer Art seien als die Herrschaftsverhältnisse im Sachenrecht³⁾. Die "ethisch-praktische"⁴⁾ Seite des Rechts, im Familienrecht besonders evident, behinderte die Arbeit des Systematikers, der bestrebt war, klare begriffliche Unterscheidungen herauszuarbeiten.

1) SAVIGNY, System I S. 346

2) COING, Bemerkungen S. 34

3) So WENDT, Lehrbuch S. 15

4) COING, Geschichte S. 27

3. Kapitel

Der Einfluß des "Jus personarum" bei Gajus und Justinian auf die systematische Stellung des Familienrechts in den Pandektensystemen der Neuzeit

Es kann nicht überraschen, daß im Zuge der wissenschaftlichen Beschäftigung mit dem römischen Recht Ende des 18. und während des 19. Jahrhunderts das Institutionensystem des Gajus bei den Auseinandersetzungen über das "richtige" System eine bedeutende Rolle gespielt hat. Man kann sogar sagen, daß das System-Problem mit der Frage aufgeworfen wurde, ob an dem System des Gajus festzuhalten sei oder ob eine neue Ordnung des Rechtsstoffes gefunden werden müsse. Dabei ist zu beachten, daß die Institutionen des Gajus erst 1816 von NIEBUHR in Verona entdeckt wurden¹⁾, so daß sich die Kenntnisse des Institutionensystems bis zur Feststellung des Inhalts des Fundes nur auf die justinianischen Institutionen stützen konnte. Justinian hatte die gajanische Institutionenordnung, von geringen Modifikationen abgesehen, übernommen.

Wie aktuell das Problem des Institutionensystems zu dieser Zeit war, davon gibt die Vielzahl der Veröffentlichungen zu diesem Thema in Gustav HUGOs Zeitschrift "Civilistisches Magazin"²⁾ und an anderer Stelle³⁾ einen Eindruck.

-
- 1) Vgl. dazu LAMMEYER, Institutionen S. 9ff
 - 2) Vgl. HUGO, Ehrenrettung CM II S. 84-85; HUGO, Das römische System CM IV S. 227-237; HUGO, Obligationen nach Gajus CM V S. 385-431; HUGO, Jus in personam CM VI S. 346-350; Das "Civilistische Magazin" (6 Bände) erschien in unregelmäßigen Abständen, zum Teil mehrfach aufgelegt, 1. Band 1791, 6. Band 1837. Zum Werk Gustav HUGOs vgl. BUSCHMANN, Ursprung und WEBER, Gustav HUGO; dort auch Übersicht von Gustav HUGOs Werken
 - 3) DÜROI, Bemerkungen über actio AcP VI S. 252-310, S. 386-440; THIBAUT, Verteidigung, Versuche II S. 1-25

Es kann im Rahmen dieser Arbeit nicht versucht werden, allen Einflüssen und den verschiedenen Deutungen des Institutionensystems nachzugehen. Hier soll nur kurz exemplifizierend das Verhältnis des "Jus personarum" des römischen zum Familienrecht des modernen Pandektenrechts dargestellt werden, wie es in den Kontroversen der Pandektistik des 19. Jahrhunderts erschien.

Die Dreiteilung in ius personarum, ius rerum und ius actionum wurde einer Vielzahl von bekannten Werken über das römische Recht zugrundegelegt, die gegen Ausgang des 18. Jahrhunderts benutzt wurden¹⁾. Das Familienrecht erhielt dabei seinen Platz im personenrechtlichen Teil. Demgegenüber hatten schon zu Beginn des 18. Jahrhunderts Juristen aus der THOMASIIUS-Schule, nach dem Vorbild naturrechtlicher Systeme²⁾, das Familienrecht auch in gemeinrechtlichen Werken dem Vermögensrecht, isoliert vom Personenrecht, folgen lassen³⁾. So war es schon nichts besonders Neues mehr, daß Gustav HUGO in seinen 1789 erschienenen "Institutionen des heutigen römischen Rechts" nach den "Realrechten" und "persönlichen Obligationen" von "Familienrechten" handelte, worunter er die Ehe und die väterliche Gewalt verstand. In den folgenden Auflagen, deren Titel zwischen "Lehrbuch der Pandekten", "Pandekten oder das heutige römische Recht" oder "Lehrbuch des heutigen römischen Rechts" wechselten⁴⁾, wandte er sich

-
- 1) Vgl. die Hinweise bei BUSCHMANN, Ursprung S. 131, Fußnoten 72-75 (STRUVE, STRYX, BOEHMER, HEINECCIUS) und SCHWARZ, Entstehung S. 606 (NETTELBLADT, HABERNIKKEL, DABELOW, LOBETHAN, HOFACKER).
Kritisch zur Übernahme des Institutionensystems UNTERHOLZNER, Classification S. 106ff und BLONDEAU, Des méthodes de classification, S. 248:
"Rien n'est cependant plus facile que d'apercevoir le vice, je n'ose dire l'absurdité, de celle distinction" (Gemeint ist die des Gajus)
- 2) Vgl. oben S. 7
- 3) Vgl. dazu SCHWARZ, Entstehung S. 603
- 4) Vgl. dazu WEBER, Gustav Hugo S. 41 und SCHWARZ, Entstehung S. 581

jedoch wieder der klassischen Einteilung zu¹⁾, obwohl ihm das gajanische System gerade im Hinblick auf das Familienrecht nicht passend erschien: Im "Civilistischen Magazin" äußerte er, das reine Personenrecht (also auch das Familienrecht ohne Güterrecht) gehe "bey uns fast gar nicht nach der Römischen Theorie"²⁾. "Hier wäre es wohl gefehlt, ein reines Personenrecht vorauszuschicken"³⁾. Dieser Einsicht zufolge wäre es konsequent gewesen, in einem Lehrbuch, das das "geltende römische Recht" darstellen sollte⁴⁾, auch das System diesem Rechtszustand anzupassen. Doch es erschien Gustav HUGO wichtiger, der Ordnung "so höchst achtungswürdiger Vorgänger" zu folgen, "als die Lehre von Familienverhältnissen an sich, mit dem Einflusse Derselben auf andere Lehren, zu verbinden"⁵⁾. HUGO verweist in anderem Zusammenhang⁶⁾ unter Heranziehung römischer Belegstellen darauf, daß die Römer das Familienrecht als eigenständige juristische Kategorie nicht kannten. Die folgende Analyse des systematischen Ansatzpunktes für die Darstellung familienrechtlicher Vorschriften in den Institutionen des Gajus und des Justinian bestätigt HUGOs These.

Zwar werden im Rahmen des Personenrechts eine Reihe familienrechtlicher "Tatbestände" mitgeteilt; dies geschieht jedoch nicht zur rechtlichen Gestaltung des Zusammenlebens in der Familie, sondern zur Kennzeichnung des "status" des Individuums: Das Kindschaftsverhältnis ist im Zusammenhang des Personenrechts insofern von Belang, als die Kinder unter bestimmten Voraussetzungen in der "potestas" des pater familias stehen. Als solche sind die Kinder "alieno iuri subiectae"⁷⁾. Die Manusehe führt dazu, daß der individuelle

1) Vgl. oben S. 8

2) HUGO, Ehrenrettung S. 93

3) HUGO, Ehrenrettung S. 93

4) Vgl. HUGO, Institutionen, S. 4ff

5) HUGO, Beyträge I S. 521

6) HUGO, Obligationen nach Gajus S. 397/398

7) Gai. I, 49-107; benutzt wurde OLTMAANS, De Institutis

Status der ihr unterworfenen Frauen verändert wird¹⁾ usw.

Daraus ergibt sich, daß das Familienrecht im modernen Sinne eine spätere Entwicklung ist. Diesem Sachverhalt hat Alois BRINZ eindeutig in seinem System Rechnung getragen, indem er in einem Abschnitt des allgemeinen Teils unter dem Titel "Die Personen" die Ehe, die Familie, die Verwandtschaft als Statusverhältnisse, später nach dem Vermögensrecht die Familienrechte abhandelte²⁾. Nur der bei BRINZ im "Personenrecht" dargestellte Teil unseres heutigen Familienrechts ist der Sache nach auch in den Institutionen enthalten³⁾.

Diese Auffassung war in der Pandektistik des 19. Jahrhunderts nicht unumstritten. So behauptete SAVIGNY in einem eigens zur Auseinandersetzung mit "abweichenden Meynungen über die Classification" bestimmten Kapitel des ersten Bandes seines "Systems", der Inhalt des ersten Buches der Institutionen sei fast ganz dasselbe wie das, was er als Familienrecht bezeichnet habe⁴⁾, wobei nur die Verwandtschaft im Personenrecht der Institutionen nicht berücksichtigt sei. Als Begründung führte er an, das Personenrecht enthalte die Ehe, väterliche Gewalt, Manus etc., mithin genau das, was er im Familienrecht behandelt habe⁵⁾. Während aber Gajus und Justinian die Sätze über die Ehe, die väterliche Gewalt und die Vormundschaft in das Individualrecht integrierten und sie inhaltlich und aufbaumäßig der persona subordinierten, wies SAVIGNY das Familienrecht als selbständigen Teil des Systems neben Sachenrecht, Schuldrecht und Erbrecht auf.

1) Gai. I, 108-115

2) BRINZ, Lehrbuch 1. Band, 1.-3. Buch, 3. Band

3) Das gilt nicht für alle Lehren im einzelnen; so ist die Verwandtschaft im ius personarum nicht enthalten, da ihr kein besonderer Status entsprach.

4) SAVIGNY, System I S. 399

5) SAVIGNY, System I S. 340, 399

Im Familienrecht betrachtete er den Menschen "als Glied des organischen Ganzen der gesamten Menschheit"¹⁾. Er bemerkte ausdrücklich, daß die Familie "Grundlage einer neuen, ganz eigenthümlichen Art von Rechtsverhältnissen"²⁾ sei. Als solche erscheint das Familienrecht im System des Gajus nicht. Daß Gajus "in der inneren Anordnung" jener Rechtsinstitute einem anderen Leitgedanken folgte³⁾, ist entgegen SAVIGNYs Ansicht unter Berücksichtigung der von ihm selbst an das System gestellten Anforderungen entscheidend. Denn schon in seiner Methodenlehre hatte er darauf hingewiesen, es komme auf den inneren Zusammenhang, nicht die bloß äußerliche Anordnung an⁴⁾. In der Vorrede zu seinem "System" substantiierte er diese Formulierung⁵⁾. Da in SAVIGNYs Familienrecht das Wesen der Familie im Mittelpunkt steht, bei Gajus und Justinian im Personenrecht jedoch die Person, ist die Annahme der Identität verfehlt. M.E. hatte PUCHTA recht, als er sagte, in neueren Systemen sei zwar die Aufeinanderfolge häufig wie bei Gajus, das System, der leitende Grundgedanke sei aber augenfällig verschieden⁶⁾.

Durch "unbefangene" Betrachtung dessen, was wirklich in dem Abschnitt "De personis" steht, kam DÜROI, den SAVIGNY zu widerlegen versuchte, zu dem Ergebnis, daß Gegenstand des Abschnitts nicht die Familienverhältnisse, sondern die status seien⁷⁾. GÖSCHEN gebrauchte zwar die Ausdrücke Familienrecht und Personenrecht synonym, stellte aber klar, daß die Römer mit Personenrecht eine andere Vorstellung verbanden⁸⁾. Damit hat GÖSCHEN allerdings das Problem der Klärung

1) SAVIGNY, System I S. 340

2) SAVIGNY, System I S. 340

3) SAVIGNY, System I S. 400

4) SAVIGNY, Methodenlehre S. 39

5) SAVIGNY, System I S. XXXVII

6) PUCHTA, Betrachtungen S. 123

7) DÜROI, Bemerkungen über actio S. 437/438

8) GÖSCHEN, Vorlesungen I S. 364

des Verhältnisses von Personenrecht und Familienrecht nicht befriedigend gelöst. Er übernahm das römische Schema, das jedoch auf ganz anderen Grundlagen beruhte, und füllte es mit neuen Inhalten. Damit wurde eine Kontinuität des systematischen Ansatzes vorgegeben, die in Wirklichkeit nicht besteht.

Die Neigung, die äußere Form der Institutionenordnung nicht aufzugeben, ihren Sinn aber grundlegend zu verändern, kommt auch bei MÜHLENBRUCH sehr deutlich zum Ausdruck. Er räumte ein, daß ius bei Gajus objektiv gemeint sei; "dies hindere ja aber keineswegs, den zu Grunde liegenden Begriffen auch eine subjektive Beziehung zu geben"¹⁾. MÜHLENBRUCH handelte aber im Personenrecht an familienrechtlichen Materien nur die Verwandtschaft ab, "das Familienrecht im weiteren Sinne"²⁾. Das Eherecht, die väterliche Gewalt und die Vormundschaft erscheinen als 4. Buch unter dem Titel "Die häusliche Gesellschaft und das Schutzrecht"³⁾. Diese Einteilung ist an sich inkonsequent, wenn sich "das gesamte Privatrecht" nach dem wesentlichen Inhalt seiner Rechte in Personenrechte, Sachenrechte und Forderungsrechte einteilen läßt, wie MÜHLENBRUCH ankündigte⁴⁾. Die sich in einem so aufgefaßten Institutionenschema ergebende Randstellung des Familienrechts erklärte MÜHLENBRUCH damit, daß durch das System nur dafür gesorgt sei, daß jene Hauptbegriffe (scil. status, dominium, obligatio) fest und unverändert im Auge behalten werden, Abweichungen im einzelnen sich aber rechtfertigen ließen⁵⁾. Zu diesen Abweichungen im einzelnen rechnete MÜHLENBRUCH ausdrücklich auch das Familienrecht mit Ausnahme der Vormundschaft, wobei er mit Familienrecht eigentlich nur das Familiengüterrecht meinte, das eine Anwendung der

1) MÜHLENBRUCH, Lehrbuch I S. 159 Fußnote 1, a

2) MÜHLENBRUCH, Lehrbuch I S. 381-394

3) MÜHLENBRUCH, Lehrbuch III S. 1-189

4) MÜHLENBRUCH, Lehrbuch I S. 158

5) MÜHLENBRUCH, Lehrbuch I S. 73

Grundbegriffe sei; "des Zusammenhangs wegen", wurde die Darstellung des Familiengüterrechts mit den Lehren von der Ehe, der väterlichen Gewalt und der Vormundschaft verbunden¹⁾. Das Festhalten an dem offenbar der darzustellenden Rechtsmaterie nicht mehr entsprechenden Ordnung führte hier praktisch zu einer Ausweisung des gesamten Familienrechts aus dem System.

Andere unterschieden hingegen deutlich zwischen Jus personarum nach gajanisch-justinianischer Auffassung und dem Familienrecht:

"Was wir 'Familie' nennen, könnte ein römischer Jurist nur domus, unser 'Familienrecht' nur etwa 'ius' (und nicht einmal 'ius') domesticum nennen. Ganz verschieden ist das römische 'ius quod ad personas pertinet' von unserem Familienrecht: jenes bezeichnet die unterschiedliche Rechtsfähigkeit der Menschen um ihrer Stellung im und zum Staate und in der familia willen, dieses die Berechtigungen und Verpflichtungen aus der Familienmitgliedschaft" (2).

Mit dieser deutlichen Abgrenzung, die aus einer unvoreingenommenen Betrachtung dessen gewonnen ist, was wirklich bei Gajus und Justinian im Jus personarum steht und vor allem, in welchem Zusammenhang es erscheint, vermied Eduard BÖCKING den falschen Eindruck, man brauche nur die Abschnitte des römischen Personenrechts, die von der Ehe, der patria potestas, der Vormundschaft handeln, herauszulösen und gegebenenfalls von antiquierten Bestandteilen zu reinigen, um ein Familienrecht im modernen Sinne zu erhalten³⁾.

Das erkannte auch UNTERHOLZNER klar, als er herausstellte, daß einer der Haupteinwände gegen die Übernahme des Gajus-systems dahin gehe, daß in den Systemen, die das Gajus-system kopierten, eigentlich gar kein Ort für die Ehe, väterliche Gewalt und die Vormundschaft sei⁴⁾.

1) MUHLENBRUCH, Lehrbuch I S. 74

2) BÖCKING, Grundriß S. 212 (§ 271)

3) Für eine deutliche Unterscheidung auch MACKELDEY, Lehrbuch S. 283 (§ 499) und WÄCHTER, Handbuch II S. 290, dem aber entgeht, daß GÖSCHEN den Ausdruck Personenrecht nicht in der Bedeutung von Jus personarum bei Gajus und Justinian verstanden wissen will.
Zutreffend auch WENING-INGENHEIM, Lehrbuch S.83: "Die Familienverhältnisse sind lediglich in dieser Richtung nach der Begründung eines status aufgefaßt und eingereiht." (scil. bei Gajus)

4) UNTERHOLZNER, Classification S. 112

4. Kapitel

Die Stellung des Familienrechts im Privatrechtssystem PUCHTAs

Einer der schärfsten Kritiker der Adaption des Gajussystems zu seiner Zeit war Georg Friedrich PUCHTA. In dem für sein systematisches Werk programmatischen Aufsatz "Betrachtungen über alte und neue Rechtssysteme"¹⁾ rühmte er das System des Gajus, es sei in einem Grade vollkommen, den die Juristen seiner Zeit bei weitem nicht erreicht hätten²⁾. Gajus habe die Forderungen, die an eine wissenschaftliche Darstellung für einen bestimmten Zweck gestellt wurden, nämlich ein bestimmter Plan und dessen konsequente Durchführung, "hinreichend erfüllt"³⁾. Es fordere "die Tugend der Offenherzigkeit, zu bekennen", daß er die Vorzüge des Gajussystems "wenigstens in diesem Grade bey keinem neueren Systematiker gefunden habe"⁴⁾. Insbesondere tadelte PUCHTA bei denen, die sich an die Institutionenordnung hielten, die Verkennung des Institutionensystems infolge Nichtbeachtung der hier zugrunde liegenden Prinzipien. Nur so hätten sie aus dem *ius personarum*, *ius rerum* und *ius actionum* Personenrechte, Sachenrechte, Forderungsrechte machen können⁵⁾. Es gebe aber keinen Grund für die Reihenfolge noch für den Inhalt, den die Systematiker diesen Teilen gäben⁶⁾.

Die Überzeugung von der Unzulänglichkeit der Institutionensysteme veranlaßte PUCHTA, eine "Classification der Rechte nach ihrer Natur" aufzustellen, an der er dann dauernd, vor allem auch in seinen häufig neu aufgelegten Lehrbüchern, festgehalten hat⁷⁾.

1) Rheinisches Museum III S. 115-133

2) PUCHTA, Betrachtungen S. 115

3) PUCHTA, Betrachtungen S. 121

4) PUCHTA, Betrachtungen S. 122

5) PUCHTA, Betrachtungen S. 124

6) PUCHTA, Betrachtungen S. 124

7) Vgl. dazu STINTZING-LANDSBERG, Geschichte III/2 S. 451

1. Das faktische Objekt des subjektiven Rechts als Systemkriterium

"Der Inhalt des Rechts sind die Rechte. Auf diesen Inhalt unseres Rechts, und zwar unseres Privatrechts, ist die folgende Darstellung gerichtet"¹⁾. Diese einleitenden Sätze zu einer "Classification der Rechte" im Rahmen der Abhandlung über die Stellung des Besitzes im System waren der Ansatzpunkt, von dem aus PUCHTA nicht nur das geltende, sondern auch das antike römische Privatrecht einteilte.

a) Überragende Bedeutung der systematischen Darstellung

In der Einleitung zum 2. Band des "Cursus der Institutionen", der "System und Geschichte des römischen Privatrechts" enthält, erläuterte er, Aufgabe dieses Werkes sei, das Privatrecht als einen besonderen Organismus darzustellen: systematisch in den einzelnen Rechten, in die es sich gliedere ... Die Geschichte werde hier ein der systematischen Darstellung untergeordnetes Element²⁾.

PUCHTA sah seine systematische Aufgabe nicht als eine rechtsgestaltende Tätigkeit an. Er suchte die den Rechten immanenten Unterscheidungsmerkmale darzustellen: "Wir fragen nicht, wie lassen sich die Rechte classificiren, sondern wie classificiren sie sich selbst, welches ist der Grund ihrer Verschiedenheit?"³⁾

Nach seiner Auffassung ist es die Aufgabe der Wissenschaft, "die Rechtssätze in ihrem systematischen Zusammenhang, als einander bedingende und von einander abstammende zu erkennen"⁴⁾, um die Genealogie der einzelnen bis zu ihrem

1) PUCHTA, Besitz S. 297

2) PUCHTA, Institutionen, II S. 3

3) PUCHTA, Besitz S. 297

4) Hervorhebung durch den Verfasser

Prinzip hinauf zu verfolgen, und eben so von den Prinzipien bis zu ihren äußersten Sprossen hinabsteigen zu können"¹⁾.

b) Die rechtsphilosophische Fundierung

Die beiden grundlegenden Erörterungen im "Rheinischen Museum"²⁾, insbesondere die zuletzt wiedergegebenen Zitate machen glauben, PUCHTA habe die Substanz, das übergeordnete Axiom seines Rechtssystems ausschließlich durch eine Analyse des positiven Rechts gewonnen.

Das Studium der "Pandekten" und des "Cursus der Institutionen" erschließt jedoch tiefere Einsichten in das Fundament des "Systems der Rechte": "Indem wir den Menschen in seinen rechtlichen Beziehungen betrachten, heben wir dieß an ihm hervor, daß ihm die Möglichkeit eines Willens zukommt"³⁾. "Das Recht faßt den Willen ... als Potenz, als Macht"⁴⁾. Erst diese grundsätzliche Entscheidung, das Recht habe es mit dem Willen als potentieller Macht zu tun, ermöglichte es, als den Inhalt des Rechts die Rechte zu sehen. Der Wille ist nach Auffassung PUCHTAs ein Element der Wirksamkeit der Freiheit⁵⁾. Demnach ist der Grundbegriff des Rechts die Freiheit. Der Begriff der Freiheit war der Ausgangspunkt, von dem aus PUCHTA sein Rechtssystem deduktiv aufbaute: "Vermöge der Freiheit ist der Mensch Subject des Rechts"⁶⁾. Die Freiheit ist das rechtsphilosophische Axiom des Systems. Als Subjekt des Rechts hat die Person potentielle Macht, das heißt, einen Willen. Die verschiedenen Rechte ergeben sich nun aus der Richtung, in der sich der Wille entfaltet, oder exakter ausgedrückt, entfalten kann. Denn es ist dabei nur an den

1) PUCHTA, Institutionen I S. 22

2) PUCHTA, Betrachtungen S. 115ff; PUCHTA, Besitz S. 289ff.

3) PUCHTA, Pandekten S. 33 (§ 22)

4) PUCHTA, Institutionen I S. 7 (§ 5)

5) PUCHTA, Institutionen I S. 5 (§ 3)

6) PUCHTA, Institutionen I S. 6 (§ 4)

Willen in der Potenz, nicht an den aktuellen Willen gedacht, da die Stellung der Person als Träger der Rechte, als Rechtssubjekt, charakterisiert ist durch die **M ö g l i c h k e i t** eines rechtlichen Willens, einer rechtlichen Macht: "Als Subjekt eines solchen in der Potenz gedachten Willens heißen die Menschen Personen"¹⁾.

c) Logische Deduktion und lebendiger Organismus des Rechts

Gegen diese Interpretation könnte man einwenden, sie mißverstehe PUCHTA durch einseitige Auslegung. Gegen diese Auslegung sprächen die von PUCHTA gebrauchten Bilder des Privatrechtssystems als eines "Organismus"²⁾, der Begriffe als "lebendiger Wesen"³⁾. Dahin geht auch wohl der Angriff URBASCHEK⁴⁾ auf die Feststellung von Karl LARENZ, die "Genealogie der Begriffe" bei PUCHTA sei nichts anderes als die Begriffspyramide des nach den Regeln der formalen Logik gebildeten Systems⁵⁾. Jedoch widersprechen m.E. die von PUCHTA gebrauchten Wendungen von den Begriffen als "lebendigen Wesen", deren jeder "eine Individualität, unterschieden von der Individualität seines Erzeugers" habe, deren "Verwandtschaft untereinander zu erforschen sei"⁶⁾, nicht der LARENZ'schen These.

Denn wie das von PUCHTA angeführte Beispiel⁷⁾ von der Wegeservitut zeigt, bildet das subjektive Recht die Spitze eines Gebäudes, von der man bis zu der speziellen Ausprägung der Wegeservitut herabsteigen kann. Die Zusammenhänge wurden

1) PUCHTA, Pandekten S. 33 (§ 22)

2) PUCHTA, Institutionen I S. 56 (§ 33)

3) PUCHTA, Institutionen I S. 57 (§ 33)

4) URBASCHEK, Empirische Rechtswissenschaft S. 25

5) LARENZ, Methodenlehre S. 19

6) PUCHTA, Institutionen I S. 57 (§ 33)

7) PUCHTA, Institutionen I S. 57 (§ 33)

von PUCHTA streng formal so aufgezeigt, daß sich in der Tat das Bild einer Pyramide aufdrängt. Es ist daher LARENZ zuzustimmen, wenn er sagt, "bei PUCHTA werde der 'organische' Zusammenhang der Rechtssätze in den logischen Zusammenhang der Begriffe verwandelt"¹⁾. Freilich impliziert diese Aussage eine Antithese zwischen "lebendigem Organismus" und "logischem Zusammenhang der Begriffe". Diese Antithese unterstellte wohl auch URBASCHEK. M.E. wird diese "antithetische" Auffassung PUCHTA und seinen Nachfolgern nicht gerecht. Wenn PUCHTA sagte, das Recht sei etwas "Vernünftiges", in seiner Entwicklung einer logischen Nothwendigkeit Unterliegendes²⁾, so bedeutet das nichts anderes, als daß auch das Ergebnis dieses Entwicklungsprozesses, der Rechtsorganismus, logisch strukturiert ist. Ist auch PUCHTAs Methode in der Sache logisch deduktiv, "nur der Form halber" spricht PUCHTA nicht von "lebendigem Organismus" etc., wie WIEACKER meint³⁾. Vielmehr glaubte PUCHTA wohl, in der "Genealogie der Begriffe" den logischen Gesetzen unterworfenen Organismus gefunden zu haben, so daß schon PUCHTA in IHERINGs Aussage, dem geübten Auge erscheine das Recht als ein l o g i s c h e r O r g a n i s m u s von Rechtsinstituten und Rechtsbegriffen⁴⁾, keine Antinomie gesehen hätte.

d) Die aus den fünf Rechtsobjekten folgende "Classification"

Die Einteilung der Rechte, oder wie PUCHTA gesagt hätte, die "Classification der Rechte" ergibt sich nun daraus, daß jedes Recht eine Beziehung des Willens auf einen Gegenstand und diese Beziehung die Unterwerfung des Gegenstandes⁵⁾ ist.

1) LARENZ, Methodenlehre S. 18/19

2) PUCHTA, Vorlesungen I S. 24

3) WIEACKER, Privatrechtsgeschichte S. 400

4) IHERING, Geist I S. 42

5) PUCHTA, Betrachtungen S. 124; PUCHTA, Pandekten S. 42; PUCHTA, Institutionen I S. 47/48; PUCHTA, Institutionen II S. 60.

Widersprüchlich ist es, wenn PUCHTA an anderer Stelle (Besitz S. 207) formuliert: "Rechtsverhältniß ist die

Dann ist der Grund für die Verschiedenheit der Rechte die Verschiedenheit der Gegenstände: "Dieß ist die nothwendige und logische Seite der Rechte"¹⁾. Unter Gegenstand verstand PUCHTA das, "was vermöge dieses Rechts dem Willen unterworfen ist"²⁾. Allerdings tauchte dabei das Problem auf, daß es an einem Gegenstand verschiedene Rechte geben kann, so daß die Eindeutigkeit der Zuordnung dadurch gefährdet sein kann; denn die unterschiedliche "Natur der Rechte" soll sich ja durch die Verschiedenheit ihres Gegenstandes ergeben. PUCHTA sah das Problem. Seiner Ansicht nach beseitigt sich das Bedenken durch folgende Überlegung:

"Nur die Verschiedenheit der Rechte, welche durch ihren Gegenstand erzeugt wird, kann eine Grundverschiedenheit genannt werden. Jede andere, nicht auf den Grund zurückzuführende Verschiedenheit kann mithin im System mit jener nicht eodem loco gehalten werden, sie ist mit ihr im wahren Sinn nicht concurrierend. Indem sie daher nur secundär darin zur Sprache kommen kann, so hat das System allerdings ein einfaches Princip in jener Grundverschiedenheit und ihrer einzigen Quelle, den Gegenständen der Rechte" (3).

M.E. löst dieser Denkansatz das Problem nicht, sondern verlagert es nur von der Feststellung des Gegenstandes eines Rechts auf die Entscheidung, welches Recht durch den Gegenstand eine "Grundverschiedenheit" empfängt und welches Recht nur "secundär" geprägt wird. Eine völlig eindeutige Zuordnung ist infolgedessen von vornherein auch durch die Gegenstände der Rechte im Sinne PUCHTAs nicht gewährleistet.

Unterwerfung eines Gegenstandes unter den rechtlichen Willen", andererseits aber Rechtsverhältnisse als "Komplexe von Rechten" (Pandekten S. 42) auffaßt bzw. in den Rechtsverhältnissen "Combinationen" von Rechten sieht (Institutionen I S. 31). Richtig müßte es an o.a. Stelle heißen:

"Das R e c h t ist die Unterwerfung ..."

Vgl. dazu auch NEUNER, Wesen S. 7 Fußnote 4, und SINTENIS, Bemerkungen S. 55

- 1) PUCHTA, Pandekten S. 65 (§ 46); vgl. auch PUCHTA, Vorlesungen I S. 100 (§ 46): "Die Rechte erhalten eine verschiedene Natur durch ihren Gegenstand. Es ist dies die Reaction des Stoffs auf die Form, des Unterworfenen auf die unterwerfende Macht."
- 2) PUCHTA, Betrachtungen S. 124; PUCHTA, Besitz S. 298; str.
- 3) PUCHTA, Besitz S. 299

Dennoch war sich PUCHTA sicher, daß es fünf und nur fünf Gegenstände gibt, die dem rechtlichen Willen unterworfen sein können¹⁾: "Die eigene Person", "Sachen", "Handlungen", "Personen außer dem Berechtigten", "Personen, die in den Berechtigten übergegangen sind und von ihm repräsentiert werden"²⁾. Unter die Rechte der ersten Gruppe zählte er das Recht der Persönlichkeit und des Besitzes; Rechte an Sachen sind Eigentum und Rechte an fremden Sachen; in der dritten Gruppe werden die Forderungen zusammengefaßt; Rechte an "Personen außer dem Berechtigten" sind das eheliche Recht, das elterliche Recht und das Kindesrecht; schließlich verbirgt sich unter der rätselhaft klingenden Bezeichnung für die fünfte Gruppe das Erbrecht und "andere Rechte am Vermögen"³⁾.

2. "Rechte an anderen Personen" statt Familienrecht

PUCHTA vermied in seiner "Classification der Rechte" die Bezeichnung Familienrecht. Eheliches, elterliches und Kindesrecht erscheinen unter dem Titel "Rechte an anderen Personen". Dadurch soll der Inhalt dieser Gruppe neben Sachenrechten und Obligationen als ein weiterer Block von besonderen subjektiven Rechten in konsequenter Durchführung des systematischen Ansatzpunktes erscheinen. Ausdrücklich bemängelte PUCHTA an den Systemen seiner Vorgänger, die neben die dinglichen Rechte und Obligationen die Kategorie Familienrecht stellten, fehlende Konsequenz:

"Die Rubrik: Familienrechte paßt nicht zu den übrigen gleichgeformten: dingliche Rechte, Erbrecht. Hiernach wäre die Familie der Gegenstand dieser Rechte, was unmöglich die Meinung seyn kann" (4).

-
- 1) PUCHTA, Besitz S. 299: "Daß es nicht mehr giebt, wird niemand bestreiten; in jedem Fall kann ich es auf den Versuch ankommen lassen, wenn jemand Lust haben sollte, auf weitere Entdeckungen auszugehen".
 - 2) Formulierung nach PUCHTA, Pandekten S. 66 (§ 46). In der Sache übereinstimmend PUCHTA, Institutionen II S. 60 (§ 207)
 - 3) PUCHTA, Pandekten S. 66 (§ 46)
 - 4) PUCHTA, Betrachtungen S. 128/129

Das hatte allerdings auch wohl noch niemand behauptet. In der Folgezeit wurde in der Pandektenliteratur der Begriff "Familienrecht" gebraucht, der schließlich auch in das Bürgerliche Gesetzbuch von 1896 einging: Das BGB kennt neben Schuld- und Sachenrecht das Familienrecht; ZITELMANN fand für diese Zusammenstellung die treffende Charakterisierung, die besonderen Teile des BGB-Systems seien nach einer "Kreuz-einteilung" geformt¹⁾.

a) Abgrenzung zum Sachenrecht

Nach PUCHTA ist das Recht an einem anderen Menschen Unterwerfung einer Person²⁾, also das eheliche Recht Unterwerfung des anderen Gatten, das elterliche Recht Unterwerfung der Kinder. Wenn aber ein Mensch dem anderen unterworfen ist, scheint er in rechtlicher Hinsicht einer Sache gleichgestellt zu sein. Träfe dies zu, so hätten alle familienrechtlich Unterworfenen die "Möglichkeit eines rechtlichen Willens, einer rechtlichen Macht, die Fähigkeiten zu Rechten, die Eigenschaft, wodurch der Mensch Subjekt rechtlicher Beziehungen ist"³⁾, verloren. Da nun dem Eherecht des Ehemannes ein Recht der Ehefrau korrespondiert⁴⁾, ferner neben dem elterlichen Recht ein Kindesrecht besteht⁵⁾, gäbe es nahezu keine Personen im Sinne von Trägern subjektiver Rechte mehr; auch wäre diese Konstruktion logisch unmöglich, weil dann z.B. die Kinder und Ehefrauen als Gewaltunterworfenen nicht Träger von Rechten sein könnten.

Das Axiom, auf dem das ganze System der Rechte bei PUCHTA fundiert, der Begriff der Freiheit, wäre ad absurdum geführt. Deshalb kann bei PUCHTA die Person "nicht rein unter-

1) ZITELMANN, Wert S. 11

2) PUCHTA, Besitz S. 301; PUCHTA, Institutionen I S. 49 (§ 30); PUCHTA, Institutionen II S. 62/63 (§ 207)

3) Zum Begriff der Person vgl. PUCHTA, Pandekten, S. 33 (§ 22)

4) PUCHTA, Pandekten S. 555/556 (§ 412)

5) PUCHTA, Pandekten S. 580 (§ 430)

worfen sein"¹⁾. "Die Rechte an Personen haben durch ihren Gegenstand eine andere Natur als die Rechte an Sachen"²⁾. "Unter einer totalen Herrschaft würde die Person aufhören, Subject der rechtlichen Freiheit, und also Person zu sein"³⁾. Zwei grundlegende Merkmale sind es, die das Recht an Personen vom Sachenrecht unterscheiden: "Jedes Recht an einer Person ist (nur) eine partielle Macht"⁴⁾, kann "sich immer nur auf eine gewisse Seite erstrecken"⁵⁾. Dadurch wird die Möglichkeit einer "gegenseitigen Macht"⁶⁾ eröffnet⁷⁾: "So ist das eheliche Recht ein Recht jedes Gatten an der Person des anderen, dessen Inhalt das eheliche Leben ist"⁸⁾. "Den Inhalt dieses Rechts bildet die eheliche Gemeinschaft, soweit ihre Pflichten als rechtliche aufgefaßt werden können"⁹⁾. Das Merkmal der Gegenseitigkeit als unbedingt erforderlich für jedes "Recht an Personen" - "eine Gegenseitigkeit liegt in jedem wahren Recht an einer Person"¹⁰⁾ - hatte schon KANT betont. PUCHTA lehnte aber KANTS Ausdruck "dinglich-persönliche Rechte"¹¹⁾ entschieden ab¹²⁾.

Allerdings ist das Merkmal der Gegenseitigkeit nicht dahin zu verstehen, daß Mann und Frau, Eltern und Kinder in jeder Hinsicht gleichberechtigt sind. Es bedeutet nur, daß Rechte an Personen insofern nie ganz einseitig sein können, "als der Berechtigte zugleich Gegenstand eines, wenn auch nicht desselben Rechts ist"¹³⁾. In der Frühzeit des römischen

1) PUCHTA, Institutionen II S. 63 (§ 207)

2) PUCHTA, Institutionen I S. 49 (§ 30)

3) PUCHTA, Institutionen I S. 49 (§ 30)

4) PUCHTA, Institutionen I S. 49 (§ 30)

5) PUCHTA, Besitz S. 302

6) PUCHTA, Institutionen I S. 49 (§ 30)

7) Vgl. dazu auch PUCHTA, Institutionen II S. 63 (§ 208)

8) PUCHTA, Institutionen I S. 49 (§ 30)

9) PUCHTA, Pandekten S. 555 (§ 412)

10) PUCHTA, Institutionen II S. 63 (§ 208)

11) KANT, Rechtslehre S. 105ff

12) PUCHTA, Betrachtungen S. 129

13) PUCHTA, Institutionen I S. 49 (§ 30)

Rechts fehlten bei einigen familienrechtlichen Verhältnissen völlig oder fast völlig Rechte der "Untergeordneten" an der Person des Berechtigten, z.B. bei der manus oder der patria potestas. Daher unterschied PUCHTA bei der Darstellung des Systems des römischen Privatrechts¹⁾, die wie das System des geltenden Rechts nach subjektiven Rechten aufgebaut ist, zwei Gattungen dieser Gruppe: a) "dem Eigentum verwandtes Recht an einer Person"²⁾, das an anderer Stelle als "die den Vermögensrechten analogen Rechte an Personen"³⁾ bezeichnet wird; b) "reines Recht an einer Person"⁴⁾. Manus und patria potestas gehören zu der ersten Gruppe, weil hier die Rechte "eine den Rechten an Sachen analoge Gestaltung erhalten haben"⁵⁾.

Diese Unterscheidung PUCHTAs kann sich darauf stützen, daß die Hauskinder in Rom lange Zeit eigener Rechte und eigenen Vermögens unfähig waren und die verheirateten Frauen unter der Gewalt ihres Mannes standen⁶⁾. Der Schluß darauf, daß die Gewaltunterworfenen rechtlich "analog den Sachen" behandelt worden seien, verkennt aber, daß die Ehe bis weit in die klassische Zeit des römischen Rechts überhaupt kein rechtliches, sondern ihrem Wesen nach ein bloß faktisches Verhältnis, eine Tatsache des sozialen Lebens war⁷⁾. Insofern lassen sich die aus der Ehe fließenden Befugnisse schwerlich mit den allein von der Rechtsordnung geschaffenen Sachenrechten vergleichen.

Die Klassifizierung könnte sich allenfalls durch die "potestas über Sklaven" rechtfertigen, die PUCHTA ebenfalls als "den

1) PUCHTA, Institutionen II

2) PUCHTA, Institutionen II S. 63 (§ 208)

3) PUCHTA, Institutionen II S. XIV

4) PUCHTA, Institutionen II S. 63 (§ 208)

5) PUCHTA, Institutionen I S. 49 (§ 30)

6) Vgl. KASER, Privatrecht I S. 232

7) KASER, Privatrecht I S. 63-65 und S. 266. Dort weitere Literaturhinweise

Vermögensrechten analoges Recht an Personen" auffaßt. Dem steht jedoch entgegen, daß die Gewalt des Herrn über seinen Sklaven keine familienrechtliche war; die Sklaven wurden vererbt, ihr Erwerb und Verlust richtete sich nach sachenrechtlichen Regeln; in iure cessio, usucapio, vindicatio usw. fanden wie bei Sachen Anwendung¹⁾. Danach gehörte die "potestas über Sklaven" - jedenfalls für die römische Frühzeit, auf die sich ja auch PUCHTA bezog - in das Sachenrecht. Die Einordnung in ein Quasifamilienrecht beruht auf neuzeitlichen Vorstellungen, deren Einfluß bei PUCHTA schon durch die bloße Tatsache der Systematisierung des römischen Rechts unter dem Leitaspekt des subjektiven Rechts evident wird.

b) Abgrenzung zum Obligationenrecht

Die Auffassung der Familienrechte als "partielle Macht"²⁾, "die sich immer nur auf eine gewisse Seite der Person erstreckt"³⁾, machte eine Abgrenzung von den Forderungsrechten unerlässlich⁴⁾, die PUCHTA "Rechte an Handlungen"⁵⁾ nannte. Gegenstand der Forderungsrechte sind also nicht andere Personen, sondern Handlungen⁶⁾. Verständlich wird der Unterschied durch diese Erklärung nicht, zumal das Charakteristische der Forderungsrechte darin gesehen wurde, daß sie sich gegen eine bestimmte Person richten, "weshalb sie auch persönliche Rechte (iura in personam) genannt werden"⁷⁾. Dieses Merkmal ist den Rechten an Hand-

1) KASER, Privatrecht I S. 99

2) Vgl. S. 31

3) Vgl. S. 31

4) Einzig SEIDENSTICKER, Entwurf (zitiert nach KUNTZE, In systemate S. 6) sieht keinen Wesensunterschied zwischen Obligationen und Familienrecht. Er faßt das Familienrecht als "obligationes, quae ad ius familiae spectant", auf, denen er die "obligationes, quae ad commercium civile spectant", gegenüberstellt.

5) PUCHTA, Besitz S. 300; PUCHTA, Pandekten S. 313; PUCHTA, Institutionen II S. 62 (§ 207); PUCHTA, Vorlesungen I S. 102 (§ 46)

6) PUCHTA, Besitz S. 301

7) PUCHTA, Institutionen I S. 51 (§ 30)

lungen und den Rechten an Personen gemeinsam, wenn man einmal von den frühen römisch-rechtlichen Gestaltungen des Familienrechts, wie PUCHTA sie auffaßte, absieht.

Entscheidendes Abgrenzungskriterium war daher für PUCHTA, daß die Forderungsrechte eine Macht über die betreffende Handlung des Schuldners nur insofern verleihen, als sie einen Sachwert hat¹⁾, "also nicht über die persönliche, sondern über die sachliche Seite der Handlung, so daß dem Gläubiger genug geschehen ist, sollte ihm auch nicht specifisch die Handlung, sondern der Werth geleistet werden, den sie unter den gegebenen Umständen für ihn hat"²⁾. Von PUCHTAs These aus gesehen, die Verschiedenheit der Rechte habe wesentlich und ursprünglich in den Gegenständen ihren Grund³⁾, ist gegen diese Abgrenzung einiges einzuwenden, zumal das Merkmal der Ersetzbarkeit der Handlung durch ihren "Wert" m.E. kein essentielles, speziell obligationenrechtliches ist, oder, wie PUCHTA es nennen würde, keine "Grundverschiedenheit", auf die es ja allein ankommen sollte. Formal blieb allerdings PUCHTA seinem systematischen Ansatzpunkt treu, indem er der Sachwertbestimmtheit der Obligationen eine Trennung der Handlung vom Willen korrespondieren ließ; ohne diese Trennung werde der Wille mit unterworfen, es fehle dann an einem selbständigen Gegenstand der Unterwerfung: Rechte an Handlungen seien Rechte an Personen⁴⁾. Diese Trennung sei "dadurch geschehen, daß man sie (scil. die Handlungen) mit den Sachen, den unabhängig vom Willen existirenden Gegenständen, in Verbindung gesetzt hat"⁵⁾. Die Trennung von Wille und Handlung erscheint jedoch in hohem Maße als spitzfindige und kaum vorstellbare Begriffskonstruktion, zumal Wille und Handlung nach PUCHTAs eigenem Eingeständnis "nach ihrem natürlichen Begriff nicht unterschieden" sind⁶⁾.

1) PUCHTA, Besitz S. 301; PUCHTA, Institutionen I S. 50 (§ 30); PUCHTA, Vorlesungen I S. 102 (§ 46)

2) PUCHTA, Institutionen I S. 51 (§ 30)

3) PUCHTA, Betrachtungen S. 124

4) PUCHTA, Besitz S. 301

5) PUCHTA, Besitz S. 301

6) PUCHTA, Besitz S. 300/301

Immerhin ist soviel sicher richtig, daß in dem Attribut der Sachwertbestimmtheit oder, wie SAVIGNY es nannte, der "möglichen Schätzung der Obligation in Geld"¹⁾, der innere Zusammenhang mit dem Sachenrecht besteht²⁾. Obligation und Herrschaftsrecht sind Bestandteile des Vermögens; allerdings lehnte PUCHTA auch die Bezeichnung Vermögensrecht als Einteilungskategorie gegenüber dem Familienrecht im System der Rechte ab: Einmal haben Forderungen und Sachenrechte nicht denselben Gegenstand, können mithin "ihrer Natur nach" nicht derselben "Classe" von Rechten angehören, zum anderen "ließe sich ein Recht denken, das gar kein abgesondertes Familienrecht kennt"³⁾; "das Vermögensrecht bildet den Haupttheil"⁴⁾.

Diese Wendung kann sich zu Recht auf das ältere römische Privatrecht stützen⁵⁾, zum anderen bekundet sich darin ein gewisses Mißtrauen gegen "Familien"-Rechte, das nicht zuletzt darin seinen Grund hat, daß dieser Bereich des Rechts in einem System, das ausschließlich auf dem subjektiven Recht basiert, schwer faßbar ist. So überrascht denn auch PUCHTAS Versuch nicht, mittels der Vermögensrechte den "Rechten an Personen" eine verlässliche juristische Basis zu schaffen: Zwar räumte er ein, daß sich die partielle Unterwerfung nicht allein auf das Vermögen beziehe, das Vermögen gebe aber den Rechten an Personen den bestimmtesten juristischen Charakter; darum sei die patria potestas so bestimmt ausgebildet, w e i l das Vermögen die Grundseite der Unterwerfung bilde, während das eheliche Recht einen viel unbestimmteren Charakter habe⁶⁾.

Im Pandektenlehrbuch widmete PUCHTA der Behandlung der "Ehe überhaupt"⁷⁾ und dem "ehelichen Recht"⁸⁾ nur zwei Paragraphen,

1) SAVIGNY, System I S. 339

2) Vgl. dazu PUCHTA, Vorlesungen I S. 102 (§ 46)

3) PUCHTA, Betrachtungen S. 131

4) PUCHTA, Betrachtungen S. 131

5) PUCHTA, Betrachtungen S. 131

6) PUCHTA, Besitz S. 302

7) PUCHTA, Pandekten S. 554 (§ 411)

8) PUCHTA, Pandekten S. 555 (§ 412)

um dann zu dem Einfluß der Ehe auf das Vermögen und den ehelichen Vermögensverhältnissen überzugehen, deren Darlegung er in sechzehn Paragraphen vornahm¹⁾. Die patria potestas war für PUCHTA nahezu ausschließlich im Hinblick auf vermögensrechtliche Modifizierungen relevant: "Der eigenthümliche Character der patria potestas besteht in ihrem Einfluß auf das Vermögen"²⁾. Ehe und Eltern-Kinder-Verhältnis als eigene selbständige Rechtsverhältnisse erscheinen in PUCHTAs System der Rechte fast überhaupt nicht, zumal die Lehre von der Entstehung und Beendigung der Ehe als kanonisches Recht im Zivilrecht überhaupt nicht behandelt wurde³⁾. Die persönlichen Wirkungen der Ehe waren "der Natur der Sache nach" für PUCHTA als Juristen nur Marginalien, da das eheliche Verhältnis im wesentlichen nicht durch Rechte und rechtliche Pflichten bestimmt werde⁴⁾.

PUCHTA hat trotz der scharfen begrifflichen Abgrenzung der "Rechte an Personen" das eigentliche Familienrecht aus dem System der Rechte nahezu ausgeschlossen. Zwar zählte er die Familie zu den Beziehungen, die, ursprünglich sittlicher Natur, zu Rechtsverhältnissen gestaltet worden seien⁵⁾. Von einigen dürftigen Einzelheiten abgesehen, besteht die rechtliche Ausgestaltung der Familienverhältnisse aber nur in vermögensrechtlicher Hinsicht.

c) Vergleich mit UNTERHOLZNERs "Rechten an der Person"

Die Familienrechte sind nicht von PUCHTA erstmals als Herrschaftsrechte aufgefaßt worden⁶⁾. Bemerkenswert im Hinblick

-
- 1) PUCHTA, Pandekten S. 557-579 (§§ 414-429)
 - 2) PUCHTA, Pandekten S. 582 (§ 432)
 - 3) Vgl. PUCHTA, Vorlesungen II S. 273 (§§ 411,412); S. auch S. 14
 - 4) PUCHTA, Vorlesungen II S. 274 (§§ 411,412)
 - 5) PUCHTA, Pandekten S. 29 (§ 20)
 - 6) Zu den Ansätzen bei ALTHUSIUS, GROTIUS und HEISE ("Jura potestatis") vgl. SCHWARZ, Entstehung S. 603 Fußnote 1; vgl. auch HUFELAND, Institutionen S. 139: Das Recht einer Person über die Handlungen einer anderen überhaupt heißt Gewalt im rechtlichen Sinn.

auf PUCHTAs System ist vor allem der Beitrag UNTERHOLZNERs "Über die Classification der Privatrechte". PUCHTA selbst erwähnte die Abhandlung mit keiner Silbe, obwohl die wesentlichen Grundzüge seines Systems hier bereits entwickelt worden waren: Das Objekt der Rechtswissenschaft seien die Rechte¹⁾. Für die systematische Behandlung der Rechtswissenschaft sei eine logisch richtige²⁾ Classification wichtig³⁾, die dadurch zu leisten sei, daß durch Abstraction Begriffe²⁾ gebildet werden, unter die die Rechtsbestimmungen zu ordnen sind⁴⁾. Eine der positiven Natur²⁾ entsprechende Einteilung müsse sich am Wesen der Rechtsbegriffe orientieren⁵⁾, wobei als wesentlich nur das Objekt der Rechte im Sinne des faktischen Gegenstandes⁶⁾ und der Umfang des Rechtsverhältnisses akzeptiert wird⁷⁾.

In dieser Heranziehung eines zweiten Merkmals zur Bestimmung der Natur der Rechte liegt der einzige gravierende Unterschied zwischen PUCHTAs und UNTERHOLZNERs Ansatzpunkt, der allerdings dadurch seine Bedeutung erheblich verliert, daß bei PUCHTA die Abgrenzung zwischen Obligationen- und Familienrecht letztlich auch im Umfang des Rechts begründet liegt⁸⁾.

Durch eine Kombination beider Wesensmerkmale kam UNTERHOLZNER schließlich zu vier "Hauptclassen" von Rechten⁹⁾: "Relative Forderungsrechte" (im wesentlichen die Obligationen), "Rechte an Sachen", "absolute Forderungsrechte" (Unterlassungsansprüche u.ä.), "Rechte an der Person", das heißt Ehe, väterliche Gewalt,

1) UNTERHOLZNER, Classification S. 95

2) Hervorhebung vom Verfasser

3) UNTERHOLZNER, Classification S. 95

4) UNTERHOLZNER, Classification S. 98

5) UNTERHOLZNER, Classification S. 99/100

6) Eingehend UNTERHOLZNER, Classification S. 135

7) UNTERHOLZNER, Classification S. 101

8) Vgl. oben S. 33 ff.

9) UNTERHOLZNER, Classification S. 142

Vormundschaft, Leibeigenschaft u.a. Das entscheidende Abgrenzungsmerkmal zu den Obligationen ist der Umfang der in dieser Gruppe erfaßten Rechte, der sich darin manifestiert, "daß ein absolutes Recht damit verknüpft wird, dadurch also, daß ein jedes der Glieder des großen rechtlichen Verbandes die Verbindlichkeit erhält, ein Rechtsverhältnis zu respectiren, was zunächst nur zwischen bestimmten Personen begründet ist"¹⁾. Dieses Kriterium wurde von PUCHTA nicht genannt; trotz der im Ergebnis unterschiedlichen Klassifizierung sind die Parallelen, nämlich die Auffassung des Rechtssystems als logisch konzipierte Einteilung der Rechte, des gegenständlichen Objekts der Rechte als wesentliches Unterscheidungsmerkmal und auch der daraus folgenden Bezeichnung "Rechte an der Person" nicht zu übersehen.

3. Das Familienrecht im System der Rechtsverhältnisse

Das Vormundschaftsrecht handelte PUCHTA gar nicht unter den "Rechten an Personen" ab. Das Verhältnis zwischen Vormund und Mündel war für ihn eine Obligatio²⁾.

Aber auch die Verwandtschaft wird man vergeblich in diesem Zusammenhang suchen. Sie ist überhaupt nicht Bestandteil des Systems der Rechte³⁾. Das bedeutet aber nicht, daß PUCHTA die Verwandtschaft nicht als Rechtsverhältnis ansah. Im Gegenteil, er ging mit den Juristen hart ins Gericht, die die Verwandtschaft "aus einem ganz und gar nicht nachgewiesenen Lehrbedürfnisse in den s.g. allgemeinen Theil, was in den meisten Systemen so viel sagen will, als ganz aus dem Systeme"⁴⁾ hinausweisen. Die Verwandtschaft sei offenbar ein Familienverhältnis⁵⁾.

1) UNTERHOLZNER, Classification S. 194

2) PUCHTA, Pandekten S. 464 (§ 332); PUCHTA, Vorlesungen II S. 193 ff. (§§ 331, 332); vgl. dazu näher S. 86 ff.

3) Zur Verwandtschaft in den Systemen der Pandektistik vgl. näher S. 82 ff.

4) PUCHTA, Betrachtungen S. 128

5) PUCHTA, Betrachtungen S. 128

Im Pandektenlehrbuch füllt die Behandlung der Verwandtschaft das "Familienrecht" im System der Rechtsverhältnisse vollständig aus. Denn neben dem System der Rechte gibt es bei PUCHTA ein System der Rechtsverhältnisse, in dessen Gliederung die Eigenschaften der Personen berücksichtigt werden: Die Verschiedenheit der Rechtsverhältnisse ergebe sich daraus, daß die Person entweder als einzelner oder als "Glieder einer organischen Verbindung" gedacht werde, nämlich der Familie, des Volks und der Kirche; auf diese Weise sollen sich Vermögens-, Familien-, öffentliche und kirchliche Rechtsverhältnisse scheiden¹⁾.

Hier erscheinen also unter der Bezeichnung Rechtsverhältnis genau die Begriffe (Familie, Vermögen), die PUCHTA im System der Rechte strikt ablehnte. Der Unterschied zwischen beiden liegt darin, daß das System der Rechtsverhältnisse auf der Stellung der Personen, das System der Rechte hingegen auf der Verschiedenheit der Gegenstände beruht, deren sich die Person in rechtlich anerkannter Weise bemächtigt²⁾. Rechtsverhältnis und Recht stehen jedoch nicht beziehungslos nebeneinander, sondern "die Rechte bilden den Kern der Rechtsverhältnisse"³⁾.

Den Rechtsverhältnissen aber fehlt es nach PUCHTAs Ansicht der nötigen Bestimmtheit, um darauf ein System zu gründen; sein Privatrechtssystem ist das System der Rechte. Sie sind es, "deren Combinationen nur die Rechtsverhältnisse sind"⁴⁾, die Rechtsverhältnisse sind "Complexe von Rechten"⁵⁾. Mittels der Rechte löste PUCHTA die Rechtsverhältnisse auf. Übrig blieb im Privatrecht ein "Vermögensrecht", dessen einziger Inhalt der Begriff der Sache ist, und ein "Familienrecht", das nur aus der Verwandtschaft besteht. Zumindest im Privatrecht ist daher das "System der Rechtsverhältnisse" nur ein Torso, der den uneingestanden Rest der behaupteten Gleichung

1) PUCHTA, Institutionen I S. 32 (§ 22)

2) Vgl. dazu PUCHTA, Institutionen I S. 51 (§ 30)

3) PUCHTA, Pandekten S. 42 (§ 29)

4) PUCHTA, Institutionen I S. 31 (§ 21)

5) PUCHTA, Pandekten S. 42 (§ 29)

Privatrecht = Privatrechte bzw. Herrschaftsmacht markiert. Die Bezeichnung Familienrecht ist an dieser Stelle irreführend. Sie erklärt sich aus der Aversion PUCHTAS gegen einen allgemeinen Teil. Materiell ist das gesamte "System der Privatrechtsverhältnisse" nichts anderes als eine Art allgemeiner Teil.

4. Kritik an PUCHTAS Systematik

Die Kompromißlosigkeit des "Systems der Rechte" mußte Kritik hervorrufen. Sie richtete sich vor allem gegen den systematischen Ansatzpunkt PUCHTAS, das System des Privatrechts sei notwendig ein System der Privatrechte und die Natur der einzelnen Privatrechte ergebe sich aus dem Gegenstand der Rechte als dem Objekt der potentiellen Willensmacht, ferner gegen einzelne Abgrenzungskriterien, insbesondere die Abgrenzung zwischen Obligationen- und Familienrecht, schließlich aber auch gegen die Einordnung einzelner Rechtsgebiete.

Der systematische Ansatzpunkt PUCHTAS wurde von zwei Seiten abgelehnt. Einmal wurde, häufig unter Berufung auf STAHL¹⁾, die Richtigkeit des Satzes bestritten, das Rechtssystem sei notwendig ein System der subjektiven Rechte²⁾. In einer Rezension von PUCHTAS Pandektenlehrbuch äußerte von SCHRÖTER³⁾ gegenüber den nach PUCHTAS Vorbild konzipierten Systemen allgemein den Verdacht, auf sie wirke eine "eigene Vermischung philosophischer Abstractionen und geschichtlicher Rechtserkenntnis" ein⁴⁾. Man scheine zu wenig zu erwägen, daß "das eigenthümliche System des besonderen (geschichtlich gewordenen) Rechts durch die Einmischung von Elementen aus dem allgemeinen Systeme des Rechts nur corrumpiert" werden könne⁵⁾.

1) STAHL, Philosophie II/1 S. 146-165

2) Vgl. unter anderem NEUNER, Wesen S. 2; von SCHRÖTER, Recension S. 293; UNGER, System I S. 211

3) Von SCHRÖTER, Recension S. 289-301

4) Von SCHRÖTER, Recension S. 297

5) Von SCHRÖTER, Recension S. 297

Darin liegt der Vorwurf, es werde dem positiven Recht eine Zwangsjacke angelegt, die zum natürlichen Aufbau der gewachsenen Rechtsordnung nicht passe. Daraus zog von Schröter die Konsequenz, daß nicht das subjektive Recht als oberstes Prinzip systembildende Kraft habe, sondern daß das System des Rechts ein System der Rechtsverhältnisse zu sein habe¹⁾. Einem bloßen System der Rechte fehle die Grundlage der Rechtsverhältnisse; diese seien der Boden, aus welchem jene erwachsen und durch welchen sie zu erklären seien²⁾. Darin liegt ein fundamentaler Gegensatz zu der Auffassung PUCHTAs. Denn was von SCHRÖTER unter der mehrdeutigen Bezeichnung Rechtsverhältnis verstand, ergibt sich aus seinem Hinweis auf STAHL, gegen dessen Grundansicht er von PUCHTA nicht ganz überzeugt worden sei³⁾; über die grundlegende Meinungsverschiedenheit vermag auch die Bemerkung nicht hinwegzutäuschen, er könne die Anordnung PUCHTAs im allgemeinen billigen⁴⁾. Denn es sind nicht die Anordnungen der Materien und die Reihenfolge der einzelnen Rechtsbestimmungen, die ein System ergeben, sondern die "begriffsmäßige Zusammenfügung" der einzelnen Rechtsgebiete zu einem Ganzen⁵⁾.

Auch STAHL erklärte sich ganz eindeutig gegen die Auffassung, "das System des Rechts sei ein System der Rechte"; vielmehr bestehe das System in einem Zusammenhang der Rechtsverhältnisse und Rechtsinstitute, und dies seien "Complexe von That-sachen und thatsächlichen Beziehungen und ihren rechtlichen Normen"⁶⁾. Das "rationalistische" System des positiven Rechts bestehe darin, "daß ein oberster inhaltsloser Begriff, der des Gesetzes oder des Rechts im subjektiven Sinne oder der Gewalt unterlegt, und von ihm aus nach irgendeiner Categorie die Rechte, die Gesetze, die Gewalten geschieden werden"⁷⁾.

1) Von SCHRÖTER, Recension S. 293

2) Von SCHRÖTER, Recension S. 293

3) Von SCHRÖTER, Recension S. 293

4) Von SCHRÖTER, Recension S. 293

5) Vgl. BÖCKING, Pandekten S. 128

6) STAHL, Philosophie II/1 S. 146

7) STAHL, Philosophie II/1 S. 147

Damit war der Boden der Systemtheorie PUCHTAs verlassen. Die Lebensverhältnisse als solche sind kein "oberstes Prinzip", das formal-logische Deduktionen zuläßt.

STAHL warf dem "rationalistischen" System vor, es stimme nicht überein mit den "praktischen Wirkungen"¹⁾.

Damit meinte er, daß nicht alle Erscheinungen des Rechts, auch nicht des Privatrechts, angemessen in einem solchen System zur Geltung kämen²⁾. So ist es nur folgerichtig, wenn bei einzelnen Instituten des Privatrechts die Kritik ansetzte.

Als Beispiel soll hier nur die Ablehnung des "Rechts an der eigenen Person"³⁾ genannt werden, ohne das ein ausschließlich auf dem Prinzip des subjektiven Rechts beruhendes System nicht auskommt, wenn es konsequent ist und wenn unter dem Rechtsobjekt als Gegenstand der Unterwerfung Sachen, Handlungen, Personen usw. verstanden werden⁴⁾. Eine andere Gruppe von Autoren akzeptierte zwar die Auffassung PUCHTAs im Prinzip, das System bestehe aus subjektiven Rechten, bestritt aber, daß das Wesen der Rechte in der Unterwerfung eines Gegenstandes unter den rechtlichen Willen des Berechtigten zu sehen sei.

Neben dem von den zeitgenössischen Autoren einhellig abgelehnten Recht an der eigenen Person standen in diesem Zusammenhang die von PUCHTA so genannten Rechte an fremden Personen im

1) STAHL, Philosophie II/1 S. 146

2) Vgl. STAHL, Philosophie II/1 S. 148/149

3) Vgl. PUCHTA, Besitz S. 300, 305/306; PUCHTA, Institutionen I S. 50; PUCHTA, Vorlesungen I S. 252 - 305; PUCHTA, Pandekten S. 162 - 195. Ablehnend zu PUCHTAs "Recht an der eigenen Person" unter anderem: THON, Rechtsnorm S. 147 ff.; SAVIGNY, System I S. 335 ff.; SINTENIS, Civilrecht I S. 86; WINDSCHEID, Lehrbuch I S. 93ff.

4) Streitig, vgl. einerseits: PUCHTA, Besitz S. 298; SAVIGNY, System I S. 334, 338, die unter Gegenstand des Rechts das faktische Objekt verstehen, das dem Willen unterworfen ist; andererseits: KIERULFF, Theorie S. 308 ff.; SINTENIS, Civilrecht I S. 84, Fußnote 2, die darunter das verstehen, "was der Berechtigte vermöge seines Rechts will, und wollen kann". So schon MÜHLENBRUCH, Lehrbuch I S. 157

Brennpunkt der Kritik. Die Auffassung überwog bei weitem, daß die Bedeutung subjektiver Rechte nur die vermögensrechtlichen Verhältnisse hinreichend charakterisiert¹⁾. Insofern erwiesen sich gerade die Normen des Familienrechts als ein Prüfstein für die Durchführbarkeit eines Systems, das die Unterscheidungskriterien aus der Verschiedenheit der dem rechtlichen Willen unterworfenen Gegenstände zu gewinnen suchte.

Das System PUCHTAs wurde mit verschiedenen Begründungen abgelehnt. SAVIGNY verwarf PUCHTAs Charakterisierung der Familienrechte als Bereich partieller Unterwerfung fremder Personen mit Nachdruck²⁾. Er, und ihm folgend SINTENIS³⁾, bestritten, daß die gegenseitige Unterwerfung der durch die Familie verbundenen Personen zum juristischen Inhalt der Familienverhältnisse gehöre. Während SAVIGNY auf PUCHTAs Vorstellungen nicht näher einging, versuchte SINTENIS seine Ansicht durch eine genauere Analyse zu untermauern. Seine Argumentation ging dahin, daß es keine Rechtsmittel gebe, mit denen Familienrechte als solche, das heißt die rechtliche Unterworfenheit des Abhängigen durchgesetzt werden könnten⁴⁾. Die Interdikte "de liberis exhibendis et ducendis" und "de uxore exhibenda et ducenda" sind für SINTENIS keine Widerlegung, da sie sich nicht gegen den Ehegatten bzw. das Kind, sondern gegen Dritte richten⁵⁾. Die erwähnten Klagen haben nach SINTENIS nur den Zweck, das konkrete Bestehen dieser Verhältnisse zu realisieren, nicht aber rechtlich die innere Gestaltung der Familienverhältnisse zu normieren.

Abgesehen von der sehr formaljuristischen Begründung, erscheint schon die Voraussetzung, ein Recht existiere nur, wenn es erzwingbar sei, sehr zweifelhaft⁶⁾.

1) Vgl. dazu unter anderem: HÖLDER, Pandekten S.26/27; SINTENIS, Bemerkungen S. 66/67

2) SAVIGNY, System I S. 348

3) SINTENIS, Bemerkungen S. 66; vgl. auch RUDORFF in PUCHTA, Vorlesungen I S. 102 (§ 46)

4) SINTENIS, Bemerkungen S. 50, 68/69

5) SINTENIS, Bemerkungen S. 69; übereinstimmend UNGER, System I S. 217

6) Vgl. dazu näher WINDSCHEID, Lehrbuch I S. 90 Fußn.4 m.w.N.

Die Einseitigkeit dieser Gegenposition zu PUCHTA veranlaßte WINDSCHEID zu einer differenzierteren Auffassung, die das Charakteristische der Famileinrechte in dem überwiegenden Pflichtgehalt der Familienverhältnisse sah:

"Die Pflicht ist das Principale und das Recht nur um der Pflicht willen da, währendbei allen übrigen Rechten die Pflicht nur die andere Seite des Rechts ist" (1).

WINDSCHEID ging nicht so weit wie SINTENIS, der das subjektive Recht im Familienverhältnis ganz leugnete. Das Recht des Mannes gegen die Frau auf Rückkehr in die verlassene eheliche Wohnung, das Recht des Vaters gegen das Kind auf Gehorsam sei zwar ein anderes Recht als das Recht des Gläubigers gegen den Schuldner, aber immerhin ein Recht²⁾.

Diese Diskussion führte sehr rasch vom formalen Ausgangspunkt zu materiellen Rechtsfragen. Das bedeutet jedoch nicht, daß die Aufgabe jeder systematischen Gliederung, die einzelnen Teile des Ganzen möglichst sauber voneinander abzugrenzen, in der Diskussion übergangen worden ist. PUCHTAs "Rechte an fremden Personen" sind geradezu ein Musterbeispiel für das Gegenteil. Während die Kritik an der Abgrenzung zum Sachenrecht in der Frage nach der materiellen Qualität des Familienrechts aufging, trat in formaler Hinsicht die Abgrenzung des Familienrechts vom Obligationsrecht in den Vordergrund.

Insbesondere SINTENIS führte, m.E. überzeugend, die Unhaltbarkeit der PUCHTA'schen Argumentation vor: Mit der Handlung werde auch die Person von einer gewissen Seite her unterworfen, mithin fehle es an einem Unterscheidungskriterium³⁾. Sobald man die Handlung vom Willen des Verpflichteten trenne, fehle es nun entweder an einem Gegenstande der Unterwerfung oder Obligationen und Sachenrechte seien nicht mehr zu unterscheiden⁴⁾.

1) WINDSCHEID, Lehrbuch I S. 93; vgl. auch REGELSBERGER, Pandekten S. 203

2) WINDSCHEID, Lehrbuch I S. 93 Fußnote 2

3) SINTENIS, Bemerkungen S. 53

4) SINTENIS, Bemerkungen S. 53

Auch RUDORFF kritisierte als Herausgeber in einer Anmerkung zu PUCHTAs Vorlesungen, die Auffassung der Familienverhältnisse als Machterweiterung der Person mache eine prinzipielle Unterscheidung von den Obligationen unmöglich¹⁾. Damit wurde der Weg über die Konstruktion der Trennung von Wille und Handlung abgelehnt, der - soweit ersichtlich - auch von keinem anderen Schriftsteller beschritten worden ist.

PUCHTA selbst nannte Folgerichtigkeit und Konsequenz als ein Hauptkriterium, an dem die Qualität eines Systems zu messen sei²⁾. So ist es nur natürlich, daß auch seine "Classification" an diesem Maßstab gemessen wurde. ARNDTS wies überzeugend darauf hin, daß auch von PUCHTA die Idee, das System ausschließlich nach den durch die Verschiedenheit der faktischen Gegenstände charakterisierten Rechten zu gliedern, nicht konsequent durchgeführt ist: Die Rücksicht auf den inneren, tatsächlichen Lebenszusammenhang, nicht aber logische Gesichtspunkte seien dafür maßgebend, die das in der Lehre von der Ehe, die Vermögensverhältnisse der Kinder in der Lehre von der väterlichen Gewalt abzuhandeln³⁾. Diesem Urteil ist zuzustimmen, denn zweifellos ist bei diesen Rechten das faktische Beherrschungsobjekt nicht die Person, sondern der jeweilige Vermögensgegenstand bzw. das Vermögen. Nur eine sehr gewagte Konstruktion könnte den logischen Zusammenhang mit den Rechten an fremden Personen herstellen, nämlich, indem man hier das Vermögen als Teil der beherrschten Person auffaßt. PUCHTAs Ausführungen sprechen allerdings dafür, daß die Stellung der Familienvermögensrechte im System uneingestanden doch auf dem Lebenszusammenhang beruht.

Die kritische Auseinandersetzung mit PUCHTAs Lehre hat die Frage nach dem, was der Begriff des subjektiven Rechts zu leisten imstande ist, in aller Schärfe hervortreten lassen. Als Ergebnis der Diskussion dürfte lediglich feststehen, daß

1) RUDORFF in PUCHTA, Vorlesungen I S. 102 (§ 46)

2) PUCHTA, Betrachtungen S. 121

3) ARNDTS, Recensionen S. 300

die vielfältigen Formen, in denen Familienrecht auftritt, allein unter dem Blickwinkel des subjektiven Rechts nicht erfaßt werden können.

Ludwig RAISER, der es unternommen hat, die Erscheinungsformen des Begriffs "subjektives Recht" im modernen deutschen Rechtsleben zu untersuchen¹⁾, erkannte an, daß hinter dem Begriff die Idee der freien, sittlich autonomen Persönlichkeit stehe²⁾, und daß der Typus der Herrschaftsrechte jahrhundertelang innerhalb und außerhalb des Familienrechts eine soziale, von der Rechtsordnung durchformte Realität war³⁾.

Daß das subjektive Recht für manche Familienverhältnisse im 19. Jahrhundert ein sachlich zweckmäßiger Begriff war, dürfte kaum zu bezweifeln sein. Zuzustimmen ist aber COINGS Aussage, daß dem subjektiven Recht nicht die zentrale Position im Privatrechtssystem einzuräumen ist; COING meint, wer es dennoch tue, beachte nicht, "daß die Rechtsordnung es nicht nur mit der Abgrenzung und dem Schutz individueller Rechtspositionen zu tun hat, sondern auch damit, die Zusammenarbeit, die Kooperation der Mitglieder der Rechtsgemeinschaft zu gemeinsamen Zwecken vernünftig zu organisieren und sicherzustellen"⁴⁾. Hinzu kommt im Familienrecht noch das Merkmal der Fremdnützigkeit und des überwiegenden Pflichtgehaltes⁵⁾.

1) RAISER, Stand ZBJ 1961, S. 121-152

2) RAISER, Stand S. 121

3) RAISER, Stand S. 139

4) COING, Subjektives Recht S. 53

5) Vgl. dazu auch RAISER, Stand S. 139/140

5. Kapitel

Die Stellung des Familienrechts in SAVIGNYs "System des heutigen römischen Rechts"

Anders als bei PUCHTA bereitet das Aufsuchen eines das System Friedrich Carl von SAVIGNYs konstituierenden Elements beträchtliche Schwierigkeiten. Einerseits betonte SAVIGNY, die Rechte würden charakterisiert durch die Gegenstände, auf die sie sich beziehen¹⁾, andererseits sollen die "Rechtsinstitute zu einem System verbunden bestehen"²⁾. Danach scheint nicht das subjektive Recht, sondern das Rechtsinstitut "die methodische Figur zur Herstellung des übergreifenden Sinnzusammenhangs der Rechtsordnung"³⁾ zu sein. In diesem Sinne sprachen sich UNGER und WILHELM aus⁴⁾⁵⁾, während KIEFNER im subjektiven Recht SAVIGNYs systematischen Oberbegriff sieht⁶⁾.

Wie bei PUCHTA könnten sich auch für SAVIGNYs Auffassung wertvolle Rückschlüsse aus seiner systematischen Einordnung des Familienrechts ergeben. Dabei sollen wegen der zitierten kontroversen Äußerungen SAVIGNYs - anders als bei der Darstellung von PUCHTAs System - zunächst nicht die konstituierenden Grundlagen des Systems wiedergegeben werden, um dann den Standort des Familienrechts zu bestimmen. Vielmehr erscheint es zweckmäßig zu versuchen, aus der Wiedergabe und Interpretation der von SAVIGNY genannten Merkmale des Familienrechts seine Systemauffassung zu erschließen.

1. Die spezifischen Merkmale des Familienrechts

"Drey unzertrennlich vereinigte Gestalten"⁷⁾ sind es, in

1) SAVIGNY, System I S. 344

2) SAVIGNY, System I S. 10

3) WIEACKER, Privatrechtsgeschichte S. 398

4) UNGER, System I S. 213

5) WILHELM, Methodenlehre S. 47 und S. 57

6) KIEFNER, Bemerkungen S. 640

7) SAVIGNY, System I S. 346

denen "die Familie" nach SAVIGNYs Meinung auftritt, "die natürliche, sittliche, und rechtliche"¹⁾. So sei die Ehe in Ergänzung eines HEGEL'schen Zitates "rechtlich-sittliche Geschlechtsliebe"²⁾. Das ist insofern wesentlich, als SAVIGNY in diesem Attribut ein Abgrenzungskriterium zum Obligationen- und Sachenrecht sah:

"In beiden Theilen des Vermögensrechts besteht der Stoff nicht so, wie bey der Familie, in einem natürlich-sittlichen Verhältnis, ... sondern sie sind vielmehr reine, bloße Rechtsverhältnisse" (3).

Unter "Stoff" verstand SAVIGNY die eine der beiden Seiten, aus denen jedes Rechtsverhältnis besteht, nämlich die faktische, zu der die juristische Seite hinzutreten müsse, damit ein Rechtsverhältnis entsteht. SAVIGNY bezeichnete diese erste Seite, den Stoff, auch als die materielle Seite der Rechtsverhältnisse oder die "bloße Thatsache in denselben", der er das "formelle Element" gegenüberstellt, "wodurch die thatsächliche Beziehung zur Rechtsform erhoben wird"⁴⁾. Die Familie ist also ein menschliches Verhältnis, das nur teilweise durch Rechtsregeln beherrscht wird⁵⁾.

Folgerichtig unterschied SAVIGNY sorgfältig, welche Erscheinungsformen der Familie überhaupt rechtlich zu qualifizieren sind, und welche keinen juristischen Charakter haben. Unter diesem Aspekt verwies SAVIGNY nun die gesamten Innenbeziehungen der Familienverhältnisse aus dem Gebiete des Rechts: Er leugne nicht, daß zum Wesen der Ehe Treue und Hingebung gehöre, wie die väterliche Gewalt durch Gehorsam und Ehrfurcht gekennzeichnet sei; diese an sich wichtigsten Elemente der Familienverhältnisse ständen jedoch unter dem Schutz der Sitte, nicht des Rechts⁶⁾. Somit verbot sich für SAVIGNY der systematische

1) SAVIGNY, System I S. 346/347

2) SAVIGNY, System I S. 347 Fußnote b

3) SAVIGNY, System I S. 370; vgl. auch SAVIGNY, Ehescheidung S. 5 ff., insbesondere S. 6: "Bei der Ehe ist der wichtigste Gesichtspunkt die Würde der Ehe selbst, diese als Institution betrachtet, unabhängig von dem Recht und dem Willen der Individuen".

4) SAVIGNY, System I S. 333

5) SAVIGNY, System I S. 334 und S. 344

6) SAVIGNY, System I S. 350

Ansatzpunkt PUCHTAs, in den zur Familie gehörigen Rechtsverhältnisses inhaltlich Rechte gegen die dem Willen unterworfenen Personen zu sehen. Gerade auch vom Standpunkt des römischen Rechts müsse er diese Ansicht verwerfen¹⁾: Die Herrschaftsmacht des Vaters über den Sohn sei nicht der Inhalt des R e c h t s - verhältnisses²⁾ der väterlichen Gewalt, sondern ihr natürlicher Charakter, worin sich der Vater durch eigene, das heißt in diesem Zusammenhang so viel wie nicht rechtliche, Macht behauptete³⁾. Von einer juristischen Verpflichtung sei nicht die Rede⁴⁾. Das Erziehungsbedürfnis finde seine Befriedigung nicht in der rechtlichen Seite der väterlichen Gewalt, sondern in der rechtlich unbestimmten Macht, die der Vater ohnehin über das Kind habe⁵⁾. Das gleiche gelte auch für die Ehe: Das römische Rechte kenne keine einzelnen Rechtsansprüche eines Ehegatten gegen den anderen, keine Klagen zum Schutz solcher einzelnen Rechte für den Fall der Verweigerung⁶⁾. Auch die Verwandtschaft qualifizierte SAVIGNY in dieser Weise, konzedierte allerdings die bei einigen Arten der Verwandtschaft nicht zu leugnenden Alimentationsansprüche als Ausnahme⁷⁾.

Die ausschließlich sittlich-natürliche Bestimmtheit der familiären Innenbeziehungen war für SAVIGNY nicht durch die Eigenarten des römischen Rechts, sondern durch das Wesen der Familie erklärt, wie sich für die Ehe insbesondere aus der "Darstellung der in den Preußischen Gesetzen über die Ehescheidung unternommenen Reform" ergibt, die zuerst anonym 1844, also während SAVIGNYs Zeit als preußischer Gesetzgebungsminister, erschienen.

1) SAVIGNY, System I S. 348

3) SAVIGNY, System I S. 348

2) Hervorhebung vom Verfasser

4) SAVIGNY, System I S. 348

5) SAVIGNY, System I S. 353

6) SAVIGNY, System I S. 349

7) SAVIGNY, System I S. 355

In dieser Schrift distanzierte sich SAVIGNY von der "gewöhnlichen Auffassung", die Ehe sei von gleicher Natur wie die übrigen Verhältnisse des Privatrechts¹⁾. Nur die rechtliche Seite der Ehe, die nicht einmal die wichtigste sei, könne der Gesetzgebung unterliegen; darauf müsse das Recht Rücksicht nehmen und deshalb müsse auch der Rechtsschutz der Ehegatten eigentümlich gestaltet werden²⁾. SAVIGNY zieht also aus seiner Ansicht vom Wesen der Ehe durchaus praktische Konsequenzen.

Ist nun aber das Wesen der Familien r e c h t s verhältnisse nicht, wie das des Vermögensrechts, in der Erweiterung der i n d i v i d u e l l e n Macht nach außen hin³⁾ begründet, worin liegt dann der spezifisch juristische Inhalt des Familienrechts? Nach Ausschluß der Innenverhältnisse bleiben nur noch zwei Möglichkeiten: das Außenverhältnis und der Einfluß auf andere Rechtsverhältnisse. Beide Möglichkeiten schöpft SAVIGNY aus.

Den "wahren juristischen Inhalt" der familienrechtlichen Institute sah er darin, daß die bloße Existenz solcher Rechtsverhältnisse anerkannt werde, ferner in den Entstehungsarten derselben und den Gründen ihrer Auflösung, kurz, in den "Bedingungen ihres Daseyns und ihrer Anerkennung"⁴⁾. Das Familienrechtsverhältnis bestehe "nur in dem allgemeinen, gegen Alle gerichteten Anspruch auf Anerkennung des Daseyns dieses Familienbandes"⁵⁾.

Bei PUCHTA und anderen ergibt sich durch das Merkmal partieller Unterwerfung eine kaum bestreitbare Verwandtschaft der Familienrechte mit den Obligationen. Diese Verwandtschaft beruht nach SAVIGNYs Ansicht darauf, daß die auf der natürlich-sittlichen Ebene vorhandene Unterwerfung zu Unrecht auf

1) SAVIGNY, Ehescheidung S. 5

2) SAVIGNY, Ehescheidung S. 6 ff.

3) SAVIGNY, System I S. 339 und S. 370

4) SAVIGNY, System I S. 352

5) SAVIGNY, System I S. 387

die rechtliche Ebene transponiert wird¹⁾. Allerdings machte es SAVIGNY seinen Lesern schwer, diesen Zusammenhang zu erkennen. Denn bevor er die Ablehnung des Innenverhältnisses der Familie als rechtlich bestimmt mit hinreichender Deutlichkeit ausspricht, findet sich etwa ein Satz wie dieser:

"Die Obligation hat zum Gegenstand eine einzelne Handlung, das Familienverhältnis die Person als Ganzes ..." (2).

Hier unterschlug SAVIGNY, daß für ihn beide Aussagen auf verschiedenen Ebenen liegen, nämlich der rechtlichen einerseits, der natürlich-sittlichen andererseits.

Der Einfluß der Familienverhältnisse auf andere Rechtsverhältnisse, insbesondere auf das Vermögen, war für SAVIGNY das zweite entscheidende Merkmal des Familienrechts als juristische Erscheinungsform: Das Familiengüterrecht, das von SAVIGNY so genannte angewandte Familienrecht³⁾, sei gerade dasjenige, "was der Familie vorzugsweise ihren eigentümlichen Character giebt"⁴⁾. PUCHTAs Darstellung machte diese, nicht nur von SAVIGNY geteilte Auffassung deutlich; bei SAVIGNY scheint die Aussage im Gegensatz zu der Breite zu stehen, in der er das Familienrecht im ersten Band seines "Systems" charakterisierte. Doch die Breite der Darstellung täuscht, wenn man erwartet, nur die "juristische Ebene" der Familie behandeln zu finden. Die j u r i s t i s c h e n Merkmale erst herauszuarbeiten, war sichtbar SAVIGNYs Anliegen. Dazu war es erforderlich, die Familie als natürlich-sittlich-rechtliches Phänomen aufzuzeigen. SAVIGNYs Ausführungen behandeln die Familie nicht nur unter dem rechtlichen Aspekt, sondern in allen drei Dimensionen.

Erwähnt wurde bereits⁵⁾, daß SAVIGNY ein Spezifikum des Familienrechts darin sah, daß hier der einzelne nicht in seiner Individualität betrachtet wird, "sondern als Glied des organi-

1) SAVIGNY, System I S. 387

2) SAVIGNY, System I S. 343

3) Vgl. näher hierzu S.79 ff.

4) SAVIGNY, System I S. 380

5) Siehe S. 7

schen Ganzen der gesamten Menschheit"¹⁾. In den Familienverhältnissen erscheine der einzelne "als ein unvollständiges, der Ergänzung in einem großen Naturzusammenhange bedürftiges Wesen"²⁾. Das Besondere der Familienverhältnisse bestehe in der bestimmten, "von der individuellen Willkühr unabhängigen in einem großen Naturzusammenhang begründeten Lebensform"³⁾.

SAVIGNYs Auffassung von der Familie als einer der Individualität überhöhenden, über sie hinausweisenden Lebensform, die den Zusammenhang des Individuums mit der Menschheit herstellt, deutet auf Einflüsse des 17. und 18. Jahrhunderts: Seit langem ist es unumstritten, daß der allgemeine Teil keine Erfindung der historischen Rechtsschule ist, sondern aus generalisierenden Teilen der Naturrechtssysteme herauswuchs⁴⁾. SAVIGNYs Darstellung des Familienrechts zeigt, daß die Wirkungen der Naturrechtsepoche nicht auf den allgemeinen Teil des Systems beschränkt blieben: SAVIGNY wies nicht nur äußerlich dem Familienrecht dieselbe Stelle zu wie mehrere einflußreiche Naturrechtler, nämlich hinter dem Vermögensrecht, sondern vollzog auch - im Gegensatz zu PUCHTA - den Gedankengang dieser Systeme nach, die in der Familie nicht so sehr die Beziehung von Einzelmen-schen sahen, sondern vor allem die societas, das überindividuelle Phänomen, das vom Individuum zum Staat überleitet⁵⁾.

2. Das Familienrecht als Bestandteil der Privatrechtsordnung

An dieser Stelle liegt ein möglicher Ansatzpunkt für die Einordnung des Familienrechts in das öffentliche Recht. Es hat den Anschein, als habe SAVIGNY dieser Gedanke nicht fern ge-

1) SAVIGNY, System I S. 340

2) SAVIGNY, System I S. 340

3) SAVIGNY, System I S. 349/350

4) Vgl. KOSCHAKER, Europa S. 279 ff.

5) Vgl. oben S. 7 f.; SAVIGNY, System I S. 343/344:

"In den Familien nun sind die Keime des Staats enthalten, und der ausgebildete Staat hat die Familien, nicht die Individuen unmittelbar zu Bestandteilen".

gen; denn er führte aus, es gehörten "die Familienverhältnisse vorzugsweise dem jus publicum, d.h. dem absoluten Rechte an"¹⁾. Untersucht man jedoch SAVIGNYs "System" unter diesem Aspekt genau, ergibt sich ganz deutlich, daß SAVIGNY das Familienrecht als festen Bestandteil der Privatrechtsordnung angesehen hat.

Einmal bezeichnete er als die Aufgabe seines Werkes eindeutig die Darstellung des Privatrechts, nicht des öffentlichen Rechts²⁾. Die Familie habe in ihrer Dauerhaftigkeit sowie in ihren Wesensmerkmalen des Regierens und Gehorchens zwar eine unverkennbare Ähnlichkeit mit dem Staate ... doch bestehe zwischen beiden der Gegensatz darin, daß in dem öffentlichen Recht das Ganze der Zweck, der einzelne als untergeordnet erscheine, während im Privatrecht der einzelne Mensch für sich Zweck sei und jedes Rechtsverhältnis sich nur als Mittel auf sein Dasein oder seine besonderen Zustände beziehe³⁾.

In der Darstellung des Familienrechts selbst findet sich an keiner Stelle eine Abweichung von diesem Plan, wenn man zunächst von der oben zitierten Stelle absieht. Aber auch diese Stelle kann nicht als Beleg für eine abweichende Meinung herangezogen werden. SAVIGNY nahm damit nämlich Bezug auf ein Kapitel, in dem er darlegte, daß mit jus publicum im Sinne von jus absolutum das Recht gemeint sei, das mit "unabänderlicher Nothwendigkeit" herrschen solle, "ohne der individuellen Willkür Spielraum zu lassen"⁴⁾. Jus publicum ist in diesem Sinne mithin zwingendes, durch Parteivereinbarung nicht abänderliches Recht. Der Grund für solche Rechtsnormen wird in aller Regel im öffentlichen Interesse zu sehen sein "oder auch unmittelbar in sittlichen Rücksichten"⁵⁾. Dennoch ist es Privatrecht nach der Art der gewährten Rechte.

BRINZ stellte sehr klar die Bedeutung des Begriffes jus publicum im Sinne von jus absolutum heraus: Dasjenige Recht, welches

1) SAVIGNY, System I S. 350 Fußnote e

2) SAVIGNY, System I S. 2

3) SAVIGNY, System I S. 23

4) SAVIGNY, System I S. 57

5) SAVIGNY, System I S. 57

nach der Art der von ihm gewährten Rechte Privatrecht sei, sei bald jus publicum, bald jus privatum nach Art seiner Rechtssätze¹⁾. Soweit Privatrecht gemeint sei, bei dem den Handelnden "in Vertretung des gemeinen Wesens einen unbeugsamen, durch keinerlei Willkür derogirbaren Willen vor- und entgegengesetzt" werde, liege zwar "schon halb öffentliches Recht vor", aber doch "Privatrecht nach seinem Gegenstand"²⁾.

Die Zuordnung der Familienverhältnisse zum jus publicum im Sinne von jus absolutum in SAVIGNYs "System des heutigen römischen Rechts" bedeutet also nur die Scheidung der Institute, die "juris naturalis" sind, von denen, deren Dasein "minder nothwendig, mehr willkürlich und positiv" erscheine³⁾; dieser Unterscheidung folgt das System aber nicht. Das System folgt der von BRINZ so genannten Unterscheidung "nach Art der gewährten Rechte".

3. Subjektives Recht, Rechtsverhältnisse und Rechtsinstitut in SAVIGNYs System

Die bisherige Darstellung des Familienrechts in SAVIGNYs System hat noch keinen Ansatzpunkt ergeben, von dem aus das subjektive Recht eine Rolle als systembildendes Element spielen könnte. Und doch ging SAVIGNY, bevor er Sachen-, Obligationen-, Familien- und Erbrecht im einzelnen besprach, von der Bestimmung des Wesens der Rechtsverhältnisse als eines Gebietes unabhängiger Herrschaft des individuellen Willens aus⁴⁾. Eine Übersicht der verschiedenen Arten möglicher Rechtsverhältnisse folge aus den Gegenständen, worauf der Wille einwirke⁵⁾. Da die Familie aber gerade als ein von rechtlicher Herrschaft freier Raum abgegrenzt wird, konnte SAVIGNY

1) BRINZ, Lehrbuch I/1 - 2 S. 129

2) BRINZ, Lehrbuch I/1 - 2 S. 129

3) SAVIGNY, System I S. 370

4) SAVIGNY, System I S. 334

5) SAVIGNY, System I S. 334

nicht im Rechtsverhältnis und auch nicht im subjektiven Recht die systematische Grundkategorie eines das Familienrecht einschließenden Privatrechts sehen. Das einzelne subjektive Recht stellt nur eine "durch Abstraction ausgeschiedene Seite" des Rechtsverhältnisses dar¹⁾, das Rechtsverhältnis ist nur ein Komplex von subjektiven Rechten²⁾.

Dagegen könnte eingewandt werden, als Gegenstand der Willensherrschaft habe "das in der Familie erweiterte Selbst"³⁾ zu gelten. SAVIGNY führt dazu aus:

"Blicken wir nun zurück auf den Punkt, wovon diese unsre Untersuchung ausging, so finden wir drey Gegenstände, auf welche eine Herrschaft unsers Willens denkbar ist ... 1) Das ursprüngliche Selbst. Ihm entspricht das sogenannte Unrecht, welches wir gar nicht als eigentliches Recht behandeln. 2) Das in der Familie erweiterte Selbst. Die hierin mögliche Herrschaft unsres Willens gehört nur theilweise dem Rechtsgebiet an, und bildet hier das Familienrecht. 3) Die äußere Welt ..." (4).

Zunächst muß man konzedieren, daß Rechte am erweiterten Selbst nicht die Anerkennung des Urrechts voraussetzen. In der Eliminierung des Urrechts und der Annahme eines Rechts an dem "in der Familie erweiterten Selbst" liegt kein logischer Widerspruch. Denn SAVIGNY schaltete das Unrecht, das Recht an der eigenen Person PUCHTAs, aus, weil die von ihm als n a t ü r l i c h e Macht über sich selbst nicht bestrittene Fähigkeit des Menschen der "Anerkennung und Begränzung durch positives Recht nicht bedarf"⁵⁾. Rechte "am erweiterten Selbst", was auch immer man sich darunter vorstellen mag, sind dadurch nicht notwendig ausgeschlossen.

Allerdings wird der Sinn dieser Konstruktion nicht recht klar. Herrschaftsrechte innerhalb der Familie können nicht gemeint sein, obwohl der Erläuterungssatz allem, was SAVIGNY dazu sagt,

1) SAVIGNY, System I S. 7

2) Vgl. dazu WILHELM, Methodenlehre S. 48

3) SAVIGNY, System I S. 344

4) SAVIGNY, System I S. 344

5) SAVIGNY, System I S. 336

zu widersprechen scheint; denn die in der Familie mögliche Willensherrschaft soll ja gar nicht, auch nicht teilweise, dem Rechtsgebiete angehören. Durch Familienrechte wird nach SAVIGNYs Darstellung gerade nicht die Macht des Individuums erweitert. Nach all' dem scheint diese Konstruktion das verfehlte Ergebnis des Versuchs zu sein, äußere Geschlossenheit eines Teils der Darstellung zu erreichen, ohne dem Vorwurf eines Widerspruchs ausgesetzt zu sein. Der Gedanke wird auch nirgends aufgenommen, so daß ihm im Hinblick auf das System keine besondere Beachtung geschenkt werden soll.

Umso bemerkenswerter ist, wie SAVIGNY über die sich vom Standpunkt der Gegenstände der Rechtsverhältnisse ergebende Dreiteilung in Familienrecht, Sachenrecht und Obligationenrecht hinwegging, um sich den einzelnen Rechts i n s t i t u t e n dieser drei Klassen zuzuwenden, die so abgesondert nur in "unsrer Abstraction" beständen¹⁾. SAVIGNY ließ eigentlich keinen Zweifel daran, daß für ihn letztlich nicht die rein logische Betrachtungsweise maßgebend war, sondern der lebendige Zusammenhang, der durch "gegenseitige Einwirkungen und Modificationen"²⁾ entsteht. Insbesondere im Familienrecht wird diese Interdependenz deutlich durch das Familiengüterrecht. Die Nichtberücksichtigung dieses Sachverhalts führte bei PUCHTA zu einer bedenklichen Inkonsistenz³⁾. Wenn man davon ausgeht, daß der systematische Grundbegriff in SAVIGNYs System das subjektive Recht sei, muß man allerdings feststellen, daß SAVIGNY die systematische Erfassung des Familienrechts nicht gelungen ist⁴⁾. Dann stünde aber das Familienrecht außerhalb des Privatrechtssystems und es wäre im Grunde das Privatrecht identisch mit dem Vermögensrecht.

Am Anfang seines "Systems" erklärte SAVIGNY jedoch, daß über dem Rechtsverhältnis das Rechtsinstitut stehe:

1) SAVIGNY, System I S. 345

2) SAVIGNY, System I S. 345

3) Vgl. oben S. 45 f.

4) SAVIGNY, System I S. 9/10

"Wenn wir also nicht bey der unmittelbaren Erscheinung stehen bleiben, sondern auf das Wesen der Sache eingehen, so erkennen wir, daß in der That jedes Rechtsverhältnis unter einem entsprechenden Rechtsinstitut, als seinem Typus steht, und von diesem auf gleiche Weise beherrscht wird, wie das einzelne Rechtsurteil von der Rechtsregel" (1).

Das Rechtsinstitut als systematischer Grundbegriff verdankt seine Bedeutung in SAVIGNYs System in erster Linie dem Familienrecht: Das Objekt der Rechtsverhältnisse eigne sich als Grundlage des ganzen Rechtssystems nur unter der Voraussetzung rechtlicher Herrschaft; insofern passe das Objekt der Rechtsverhältnisse nicht als übergeordneter Systemgrundsatz, weil es den Besonderheiten des Familienrechts nicht in erforderlicher Weise Rechnung trage²⁾. SAVIGNY ließ an seiner Auffassung keinen Zweifel, daß ein Privatrecht, das nur Vermögensrecht sei, sich sehr wohl unter dem Blickwinkel des subjektiven Rechts gliedern lasse³⁾.

Allerdings wirft die Erkenntnis, daß das Rechtsinstitut als systematischer Grundbegriff in SAVIGNYs System über dem subjektiven Recht steht, neue Fragen auf, die hier jedoch nicht näher untersucht werden können. Das Rechtsinstitut hat bei SAVIGNY keine deutliche Prägung erhalten. Es ist Walter WILHELM zuzustimmen, daß es in SAVIGNYs Rechtslehre trotz der grundlegenden Bedeutung für die Systematik im ganzen mehr als bequeme Gestalt der Vorstellung denn als genau umrissene Figur hervortritt⁴⁾. In ihm vereinigen sich Rechtsregel, Rechtsverhältnis und eine Art lebensnahen Zusammengehörigkeitsdenkens zu einem flexiblen Instrument der Systematik, das in schroffem Gegensatz zu PUCHTAs Begriffspyramide steht⁵⁾.

1) SAVIGNY, System I S. 9/10

2) SAVIGNY, System I S. 386/387

3) SAVIGNY, System I S. 386/387

4) WILHELM, Methodenlehre S. 47

5) Insofern übereinstimmend WIEACKER, Privatrechtsgeschichte S. 398

Neuerdings unentschieden in der Frage, ob das subjektive Recht oder das Rechtsinstitut als Oberbegriff in SAVIGNYs "System" zu gelten habe: WILHELM, Savignys überpositive Systematik S. 126 ff.

Für die Mehrdeutigkeit, der SAVIGNYs System ausgesetzt ist, dürfte vor allem auch verantwortlich sein, daß von ihm nicht geklärt wird, wie sich nun eigentlich das subjektive Recht, das ohne Zweifel eine wesentliche Rolle in seinem Werk spielt, auf das Rechtsinstitut zurückführen läßt¹⁾; SAVIGNYs "System" macht eigentlich nur die Grenzen dieses Begriffs deutlich, der "blos logischer Betrachtung"²⁾ entspricht, beim Übergang zum Familienrecht aber erkennbar ausgeschaltet wird. Insofern hat die Aussage SAVIGNYs, die familiären Beziehungen der Individuen seien "die Grundlage einer neuen, ganz eigenthümlichen Art von Rechtsverhältnissen"³⁾, erhebliche Bedeutung für die Beantwortung der Frage nach dem systembildenden Element in SAVIGNYs Rechtslehre.

4. Vergleich des Familienrechts SAVIGNYs mit dem KANTS

Am Familienrecht SAVIGNYs erweist sich, daß eine Deutung seines Privatrechtssystems nur aufgrund isolierter, aus dem Zusammenhang genommener Textstellen zu falschen Schlüssen führen kann. Übergeht man das Familienrecht, läßt sich leicht der Eindruck gewinnen, KANT allein habe das Rüstzeug zu SAVIGNYs System geliefert. Ein Vergleich der oben wiedergegebenen Merkmale des Familienrechts SAVIGNYs mit der Darstellung KANTS läßt jedoch die Kluft offenbar werden, die zwischen KANTS und SAVIGNYs Auffassung von der Familie besteht⁴⁾.

Für die Rechtsverhältnisse zwischen Eltern und Kindern und zwischen Mann und Frau, ferner das Gesinderecht, hat KANT den neuen Begriff des "auf dingliche Art persönlichen Rechts" erfunden⁵⁾. Dieses Recht sei das des Besitzes eines äußeren Gegenstandes als einer Sache und des Gebrauchs als einer Person⁶⁾.

1) Vgl. dazu LARENZ, Methodenlehre S. 16

2) SAVIGNY, System I S. 335

3) SAVIGNY, System I S. 340

4) Vgl. dazu auch KIEFNER, Der Einfluß Kants, S. 11/12

5) KANT, Rechtslehre S. 105

6) KANT, Rechtslehre S. 105

Darunter ist nicht eine Kombination zwischen Sachenrecht und persönlichem Recht zu verstehen¹⁾, sondern ein dem Sachenrecht analoges Recht an einer Person. Denn das "auf dingliche Art persönliche Recht" wird von KANT auch definiert als das Recht des Menschen, eine Person außer sich als das Seine zu haben, wobei nach KANTS Ansicht etwa der Ausdruck "mein Weib" das r e c h t l i c h e Verhältnis des Besitzes an einem Gegenstand (wenn es auch eine Person wäre) als S a c h e bedeutet²⁾. Daß der Begriffsteil "persönliches Recht" lediglich eine aus der Personhaftigkeit des Rechtsobjekts folgende Einschränkung des sachenrechtlichen Ansatzes ist, folgt auch aus der Erklärung, das Seine bedeute zwar hier nicht das des Eigentums an der Person eines anderen (denn Eigentümer könne ein Mensch nicht einmal von sich selbst, viel weniger von einer anderen Person sein); sondern das Seine ist nur das Seine "des Nießbrauchs unmittelbar von dieser Person, gleich als von einer Sache, doch ohne Abbruch an ihrer Persönlichkeit, als Mittel zu meinem Zweck, Gebrauch zu machen"³⁾.

Demgegenüber wurde der Ausdruck KANTS schon in der Pandektistik des 19. Jahrhunderts bisweilen im Sinne einer Kombination dinglicher und obligationenrechtlicher Elemente zu einseitig so ausgelegt, daß sich die persönliche Seite auf das Verhältnis der Familienmitglieder untereinander, die dingliche Seite aber auf das Verhältnis zu Dritten bezöge⁴⁾. SAVIGNY nahm zu derartigen Konstruktionen überhaupt nicht Stellung. Für ihn war das Familienrecht mit den im Schuld- und Sachenrecht entwickelten Begriffen nicht erklärbar: Die natürlich-sittliche Erscheinungsform der Familie führte ihn zu "einer neuen, ganz eigenthümlichen Art von Rechtsverhältnissen"⁵⁾, die sich gerade nicht zwanglos an das Obligationen- und Sachenrecht anreicht.

1) Vgl. BUCHDA, Privatrecht. Kants S. 56; anderer Ansicht EMGE, Eherecht Kants S. 271

2) KANT, Rechtslehre S. 163

3) KANT, Rechtslehre S. 164/165

4) HEISE, Grundriß S. 65; HUGO, Jus in personam S. 349; richtig hingegen WÄCHTER, Handbuch II S. 290; SCHWEPPE, Das römische Privatrecht IV S. 1/2

5) SAVIGNY, System I S. 340

Die vielzitierte Erklärung KANTs, die Ehe sei "die Verbindung zweyer Personen verschiedenen Geschlechts zum lebenswierigen wechselseitigen Besitz ihrer Geschlechtseigenschaften"¹⁾, steht im schroffen Gegensatz zu SAVIGNYs Beschreibung des Ehrechts²⁾. SAVIGNY lehnte deshalb auch KANTs Auffassung ab, die seiner Meinung nach auf einem zu engen, auf den obligatorischen Typ beschränkten Vertragsbegriff beruht³⁾. Andererseits läßt sich angesichts der Definition des Rechtsverhältnisses als Gebiet unabhängiger Herrschaft des individuellen Willens⁴⁾ nicht jeglicher Einfluß KANTs bestreiten, wie dies ZWILGMEYER unter ausschließlicher Berufung auf einige Briefe des jungen SAVIGNY unternommen hat⁵⁾. Lediglich im Hinblick auf das Familienrecht ist ZWILGMEYERs These zuzustimmen, ohne daß ZWILGMEYER allerdings auf das Familienrecht eingegangen ist.

5. SAVIGNYs sittlicher Konservatismus und dessen Einfluß auf das Familienrecht

Mit WIEACKER muß es abgelehnt werden, "SAVIGNY mit einer leidigen Gewohnheit der Geistesgeschichte als Produkt geistiger

1) KANT, Rechtslehre S. 107

2) Kritisch zu KANTs Konstruktionen auch TRENDELENBURG, Naturrecht S. 238: "Die Ableitung (scil. KANTs) verfolgt einen richtigen Gedanken, aber gegen das reiche eheliche Verhältnis, welches tiefere Wurzeln hat als die indirekte Betrachtung, weil sonst die Person Sache sein würde, erscheint sie als einseitig."

3) SAVIGNY, System III S. 319 ff.

4) SAVIGNY, System I S. 334

5) ZWILGMEYER, Rechtslehre SAVIGNYs S. 40 und S. 53, wo ausgeführt wird, daß SAVIGNY von vornherein im Gegensatz zu KANT gestanden habe; vgl. hingegen SOKOLOWSKI, Philosophie II S. 224: "Es ist nicht leicht, SAVIGNYs Verhältnis zu diesem Führer des Geistes- und Sittenlebens der Deutschen zu bestimmen. Von einer Unterordnung unter KANTs Autorität kann kaum die Rede sein; SAVIGNY hat nicht ausschließlich mit Kantischen Kategorien gedacht, nicht mit seinem System und dessen Schranken operiert." Vgl. dazu auch GMÜR, SAVIGNY S. 26/27 m.w.N.

Abhängigkeiten zu erklären" ¹⁾, wobei die geistigen Leistungen sozusagen in einem luftleeren Raum angesiedelt werden. Zu Recht meint WIEACKER, auch der soziale Raum SAVIGNYs müsse uns wichtig sein ²⁾. Denn nicht zuletzt der soziale Raum bestimmt die Voraussetzungen für das Wirksamwerden geistiger Einflüsse ³⁾.

Das muß in besonderem Maße im Hinblick auf das Familienrecht gelten, das wie kaum ein anderes Rechtsgebiet sozialen und weltanschaulichen Wandlungen unterworfen war und ist. So ist es nicht gleichgültig, daß SAVIGNY adliger Herkunft und politisch konservativer Gesinnung war ⁴⁾. Er hatte einen angeborenen Sinn für Erhaltung ⁵⁾. Die konservative Anschauung wandte sich gegen das revolutionäre Prinzip, gegen die alles erklärende und bewegende Vernunft. Die Lehre von der organischen Entwicklung war die Waffe gegen alles Abrupte, rein Verstandesmäßige. Bezeichnend dafür, daß schon der junge SAVIGNY antirevolutionär gesinnt war, ist ein Brief an Neurath ⁶⁾, in dem er sich abfällig über die französische Revolution äußerte. Franz SCHNABEL sieht für die Konservation Deutschlands zu Anfang des 19. Jahrhunderts als typisch an, daß sie die ständische Gliederung der Gesellschaft als von Gott gegebene Ordnung betrachteten, die das soziale Leben von der Familie her aufbaut ⁷⁾.

Diese Anschauung hat entscheidend das Familienrecht SAVIGNYs geprägt:

"In den Familien nun sind die Keime des Staats enthalten, und der ausgebildete Staat hat die Familien, nicht die Individuen unmittelbar zu Bestandtheilen" (8).

1) WIEACKER, Wandlungen S. 5

2) WIEACKER, Gründer und Bewahrer S. 119

3) SAVIGNY selbst veranschlagt diesen Zusammenhang als sehr bedeutsam, wie sich insbesondere aus seiner Rechtsentstehungslehre entnehmen läßt; vgl. unter anderem SAVIGNY, Beruf S. 13/14

4) Vgl. dazu WOLF, Erik, Savigny S. 480; WIEACKER, Gründer und Bewahrer S. 119 ff.

5) WOLF, Erik, Savigny S. 480

6) STOLL, Briefe I S. 70

7) SCHNABEL, Geschichte II S. 25

8) SAVIGNY, System I S. 343/344

Daß SAVIGNYs konservativer Sinn sittlich fundiert war¹⁾, wird aus der lebhaften Zurückweisung des HEGEL'schen Ausspruchs deutlich, das römische Kindesrecht stelle eine Kränkung der Sittlichkeit in ihrem innersten und zartesten Leben dar:

"Bey ihm ist das Mißverständniß um so unbegreiflicher, als er in der Ehe das nothwendige Zusammenwirken sittlicher und rechtlicher Elemente sehr wohl anerkennt, woraus von selbst folgt, daß bey jedem Volk das Ehe r e c h t nur ein unvollständiges Bild von der Ehe selbst giebt. Warum soll denn aber nicht dasselbe für die väterliche Gewalt gelten?" (2)

Diese Anschauung konnte SAVIGNY nicht durch "bloßes Ordnen nach formellen, logischen Rücksichten"³⁾ gewinnen. Das Familienrecht im "System" ist ein Beweis dafür, daß SAVIGNY an seinen programmatischen Überzeugungen festgehalten hat, es bestehe ein organischer Zusammenhang des Rechts mit dem Wesen und Charakter des Volkes⁴⁾, das Recht habe kein Dasein für sich, sein Wesen sei vielmehr das Leben der Menschen selbst⁵⁾.

6. Die "künstlichen Erweiterungen" des Familienrechts

Bei der Darstellung der bisher behandelten Institute des Familienrechts ging SAVIGNY methodisch induktiv-anschaulich vor; er kannte aber neben diesen "natürlichen" Familienverhältnissen eine weitere Gruppe, die er als "künstliche Erweiterung des Familienrechts"⁶⁾ bezeichnete. Dazu zählte er bestimmte Institute des römischen Familienrechts der klassischen Zeit, nämlich manus, mancipium, servitus, patronatus, tutela, curatio und aus der Zeit Justinians das Colonnat. Diese künstlichen Familienverhältnisse sollen sich von den natürlichen dadurch unterscheiden, "daß sie nicht so wie diese auf einer natürlich-sittlichen Grundlage beruhen, weshalb ihr

1) So WOLF, Erik, Savigny S. 507

2) SAVIGNY, System I S. 351 Fußnote f

3) SAVIGNY, Besprechung S. 359

4) SAVIGNY, Beruf S. 11

5) SAVIGNY, Beruf S. 30

6) SAVIGNY, System I § 55

Daseyn auch nicht in einer allgemeinen Nothwendigkeit gegründet ist"¹⁾. Insofern stehen die künstlichen Institute des Familienrechts zu den natürlich-sittlichen in demselben Gegensatz wie das Vermögensrecht. Während die "natürlichen" Familienverhältnisse in erster Linie auf konkreten gesellschaftlichen Einrichtungen beruhen, stellen die "künstlichen Erweiterungen" nur technisch-juristische Bestimmungen dar. Das sei am Beispiel der manus kurz erläutert

Sie beruht nach SAVIGNY " auf einer künstlichen Verschmelzung der beiden Hauptzweige der natürlichen Familie, der Ehe mit der väterlichen Gewalt; "die Ehefrau wird dadurch in das rechtliche Verhältniß einer Tochter des Ehemannes versetzt"²⁾. Diese Konstruktion wird der selbständigen gesellschaftlichen Realität der manus in der römischen Frühzeit nicht gerecht. Sie mißachtet den sozialen Tatbestand, daß die Ehe bald mit, bald ohne "conventio in manum" geschlossen wurde³⁾. Als juristische Formulierung sozialer Wertvorstellungen war die manus ein ebenso "natürliches" Institut wie die "natürlich-sittliche" Ehe. Mit Recht hat daher Walter WILHELM die Erklärung SAVIGNYS als ein "Schulbeispiel abstrakter Dogmatik" bezeichnet⁴⁾. Wenn man mit KANTOROWICZ die Begriffsjurisprudenz als eine Jurisprudenz definiert,

"die ihre Begriffe ohne Erforschung der ihnen zugrunde liegenden Lebensthaten und demgemäß ohne Überblick über die praktischen Konsequenzen, vielmehr nur mit Rücksicht auf systematische Verwendbarkeit konstruiert" (5),

so muß SAVIGNYs Verfahren bei der Erklärung der manus als begriffsjuristisch bezeichnet werden. Denn er erklärte die manus abstrakt durch zwei Grundbegriffe (Ehe, väterliche Gewalt), ohne auf die historisch-soziale Bedingtheit des Rechts Bezug zu nehmen. Das Familienrecht SAVIGNYs als Ganzes widerlegt und bestätigt somit zugleich KANTOROWICZ' These, SAVIGNY

1) SAVIGNY, System I S. 357

2) SAVIGNY, System I S. 357

3) Vgl. dazu KASER, Privatrecht I S. 64

4) WILHELM, Methodenlehre S. 54

5) KANTOROWICZ, Savigny S. 77

sei der "Vater der Begriffsjurisprudenz"¹⁾ geworden.

7. Kritische Stimmen in der Pandektenliteratur zu SAVIGNYs systematischer Einordnung des Familienrechts

SAVIGNYs sehr anschauliche Darstellung des "natürlichen" Familienrechts wurde in der Pandektistik des 19. Jahrhunderts sehr viel beifälliger aufgenommen als die extrem begriffliche Argumentation PUCHTAs. Insbesondere die Ausführungen zum Familienrecht bei ARNDTS²⁾, von KELLER³⁾, HÖLDER⁴⁾, SINTENIS⁵⁾, WÄCHTER⁶⁾ u.a., ferner vor allem bei UNGER⁷⁾ sind offenbar stark von SAVIGNY beeinflusst. SAVIGNYs Meinung, die aus Familienverhältnissen hervorgehenden Ansprüche seien nur "natürlich-sittliche", nicht rechtliche, die Familienrechtsverhältnisse beständen nur in der Sicherstellung der Existenz und der Garantie des äußerlichen Bestehens⁸⁾ der Verhältnisse, wurde insbesondere von ARNDTS⁹⁾, SINTENIS¹⁰⁾ und UNGER¹¹⁾ geteilt.

Diese Auffassung traf jedoch selbst bei Pandektisten, die grundsätzlich von der überwiegend natürlichen und sittlichen Bestimmtheit der Familienverhältnisse ausgehen, auf Widerspruch. Dazu gehörten u.a. BEKKER¹²⁾, BRUNS¹³⁾, NEUNER¹⁴⁾, REGELSBERGER¹⁵⁾, von SCHEURL¹⁶⁾, THON¹⁷⁾ und WINDSCHEID¹⁸⁾.

-
- 1) KANTOROWICZ, Savigny S. 77
 - 2) ARNDTS, Lehrbuch S. 20, S. 605 ff.
 - 3) Von KELLER, Pandekten S. 29 (§ 16) mit nahezu übereinstimmenden Formulierungen
 - 4) HÖLDER, Pandekten S. 25
 - 5) SINTENIS, Civilrecht III S. 1 ff. (§ 130)
 - 6) WÄCHTER, Handbuch II S. 289
 - 7) UNGER, System I S. 216, 217
 - 8) SAVIGNY, System I S. 348-350, 356, 401
 - 9) ARNDTS, Lehrbuch S. 27
 - 10) SINTENIS, Civilrecht III S. 3, Bemerkungen S. 67
 - 11) UNGER, System I S. 217
 - 12) BEKKER, System I S. 76-78
 - 13) BRUNS-ECK-MITTEIS, Pandektenrecht S. 396/397
 - 14) NEUNER, Wesen S. 28
 - 15) REGELSBERGER, Pandekten S. 202/203

So meinte WINDSCHEID, das Recht des Mannes gegen die Frau auf Rückkehr in die verlassene eheliche Wohnung sei zwar ein anderes Recht als das Recht des Gläubigers gegen seinen Schuldner, aber immerhin ein Recht¹⁾. Der konkrete Einwand gegen SAVIGNYs Auffassung geht dahin, daß von ihm das Verhältnis von Recht und Sittlichkeit nicht richtig gesehen werde. Es bestehe zwischen Sittlichkeit und Recht ein organischer Zusammenhang, der durch die Überbetonung der sittlichen Seite zerrissen werde:

"Wenn Recht und Sittlichkeit überhaupt die Aufgabe haben, das Leben des Menschen seinem Wesen gemäß zu gestalten, so kann auch in den Geschlechts- und Gattungsverhältnissen nur ihr eigenes Wesen selbst die Quelle für ihre sittliche und rechtliche Gestaltung bilden" (2).

Worauf diese Formulierung zielte, wird in der Aussage deutlich, beim Menschen werde das Naturgesetz zum Sitten- und Rechtsgesetz³⁾. Die zur Sicherung der Entfaltung individueller und sittlicher Freiheit von SAVIGNY sorgfältig herausgearbeitete Abgrenzung von Sittlichkeit und Recht wurde von WINDSCHEID vollends abgelehnt: Das Recht wurde zum Vollstrecker der Sitte; die von SAVIGNY letztlich doch nur als notwendige Grenzziehung gedachte Funktion des Rechts wurde ausgedehnt.

Demgegenüber betonte NEUNER⁴⁾, es müsse genau zwischen zwei Fragen unterschieden werden, nämlich einmal, um welche Lebensverhältnisse es sich bei der Familie handle, zum anderen, inwieweit diese Lebensverhältnisse zugleich als Rechtsverhältnisse angesehen werden dürfen und müssen. SAVIGNY warf er vor, er sei über beide Fragen leicht und unsicher hingegangen, "wodurch denn bei aller Einfachheit der Sache viele Unklarheiten und Unrichtigkeiten zu Tage gekommen sind"⁵⁾.

16) Von SCHEURL, Eherecht S. 9

17) THON, Rechtsnorm S. 190

18) WINDSCHEID, Lehrbuch I S. 93

1) WINDSCHEID, Lehrbuch I S. 93 Fußnote 2

2) So BRUNS-ECK-MITTEIS, Pandektenrecht S. 396

3) BRUNS-ECK-MITTEIS, Pandektenrecht S. 397

4) NEUNER, Wesen S. 28

5) NEUNER, Wesen S. 28

M.E. ist der Vorwurf in dieser Form unberechtigt, da SAVIGNY zwischen "natürlicher", "sittlicher" und "rechtlicher" Ebene unterschied. Daß er zu anderen Ergebnissen kam als NEUNER, war nicht Folge ungenauer Argumentation, sondern abweichender rechtlicher Interpretation familienrechtlicher Institute¹⁾.

In einer bemerkenswerten Rezension der NEUNER'schen Monographie über "Wesen und Arten der Privatrechtsverhältnisse" setzte sich BÜRKEL kritisch mit den herrschenden Ansichten der Pandektisten zum Verhältnis von Sittlichkeit und Recht auseinander²⁾. Dabei lehnte er vor allem SAVIGNYs Grundthese ab, das Familienrecht sei im Gegensatz zu anderen Rechtsgebieten, insbesondere dem Vermögensrecht, durch das Moment des Sittlichen charakterisiert³⁾. Seines Erachtens dient das ganze Recht letztlich der sittlichen Vervollkommenung, aber nur, indem es äußere Regeln aufstelle, durch die die individuelle Entfaltung der Sittlichkeit gewährleistet werde. Die Handlungen, die aufgrund der Rechte vorgenommen werden, könnten sittlich sein durch die Absichten, in denen man sie ausführe. Sie könnten aber durch den Mangel jener Absichten auch unsittlich werden, ohne deshalb Unrecht zu sein⁴⁾. Das gelte für alle Bereiche des Rechts: Ob ein Schlemmer von seiner Herrschaft über Sachen unsittlichen Gebrauch mache oder Eheleute von ihrem ehelichen Recht, seien Verhaltensweisen, die gleichermaßen unter sittlichen Aspekten zu bewerten seien⁵⁾. Daß das Familienrecht in höherem Maße sittlichen Zwecken dienen solle, sei nicht einzu-

1) Das Problem des Verhältnisses von Sitte und Recht zur Bestimmung des "Wesens der Ehe" muß auch heute noch als ungeklärt angesehen werden, obwohl die Frage im Hinblick auf die dogmatische Beurteilung und Auslegung des § 43 Ehegesetz von großer Bedeutung ist; vgl. zuletzt die ablehnende Stellungnahme Ernst WOLFs zur herrschenden Meinung in Literatur und Rechtsprechung zu § 43 Ehegesetz: WOLF, Ernst, Ehe S. 1498-1500 m.w.N.

2) BÜRKEL, Recension S. 191-233

3) BÜRKEL, Recension S. 203 ff.

4) BÜRKEL, Recension S. 207

5) BÜRKEL, Recension S. 208

sehen¹⁾. Infolgedessen entfiel für BÜRKELE ein wichtiges .
Abgrenzungskriterium des Familienrechts, das die meisten
Pandektisten des 19. Jahrhunderts aufstellten, ohne immer das
Verhältnis von Sittlichkeit und Recht genau zu bestimmen.
Statt dessen wollte BÜRKELE das Familienrecht durch die charakte-
ristischen Triebe und Zwecke abgrenzen, die die Rechtsordnung
mit diesem Rechtsgebiet erfüllt.

1) BÜRKELE, Recension S. 209

6. Kapitel

Die Zuweisung des Familienrechts zum öffentlichen Recht

Eine gewisse Ähnlichkeit des Familienrechts mit dem öffentlichen Recht liegt darin, daß im Familienrecht der einzelne als Glied eines Verbandes betrachtet wird, in der "die Keime des Staats enthalten"¹⁾ sind. Als weiteres gemeinschaftliches Merkmal mit dem öffentlichen Recht wurde in der Pandektistik des 19. Jahrhunderts bisweilen empfunden, daß die Familienverhältnisse "Herrschaft und Unterthänigkeit begründen"²⁾. Dennoch war es fast allen Pandektisten des 19. Jahrhunderts nicht zweifelhaft, daß das Familienrecht Teil des Privatrechts sei. Dafür war nach dem bisher Dargelegten die Tatsache ausschlaggebend, daß es das Familienrecht mit rechtlichen Beziehungen der Bürger untereinander zu tun hat, ohne daß eine besondere Stellung der beteiligten Subjekte in Staat und Gesellschaft vorausgesetzt wird. Die Bedeutung, die das Familienrecht für den Staat hat, blieb für die systematische Einordnung ohne Belang.

1. Das Familienrecht im Pandektensystem THIBAUTS

Eine abweichende Anordnung befolgt jedoch das "System des Pandekten-Rechts" von Anton Friedrich Justus THIBAUT³⁾.

THIBAUT ging in seiner Einteilung des Rechts - er spricht synonym von Gesetzen⁴⁾ - von der Dichotomie des bürgerlichen

1) SAVIGNY, System I S. 343/344

2) REGELSBERGER, Pandekten S. 203

3) Das gilt jedoch nur bis zur 7. Ausgabe. In der 8. Ausgabe (Jena 1834) paßte THIBAUT seine Anordnung dem System an, das sich allmählich durchsetzte, das heißt, er faßte das Familienrecht nicht mehr als Teil des öffentlichen, sondern als Teil des Privatrechts auf. Diese Ordnung behielt auch der Herausgeber der 9. Ausgabe (Jena 1846), Alexander August von BUCHHOLTZ, bei. Zitiert wird im folgenden, sofern nicht ausdrücklich vermerkt, nach der 7. Ausgabe (Jena 1828).

4) THIBAUT, System S. 243 (§ 326)

und öffentlichen Rechts aus. Diese Zweigliedrigkeit ergab sich für ihn aus der Verschiedenheit der durch die Gesetze begründeten rechtlichen Verhältnisse¹⁾: Zum bürgerlichen Recht zählte er "die Rechte und Verbindlichkeiten der Unterthanen", wohingegen durch öffentliches Recht "die Rechte und Verbindlichkeiten des Regenten, es sey nun gegen die Unterthanen, gegen seine Mitregenten, oder Auswärtige"²⁾ geregelt wird. Schon diese Formulierungen weisen auf die Kluft, die zwischen THIBAUT und SAVIGNY liegt, hin. Bei SAVIGNY sind es souveräne Individuen, deren rechtlich anerkannte Willensmacht entscheidendes Kriterium des Privatrechts ist, bei THIBAUT gibt es hingegen "Unterthanen" und "Regenten": THIBAUTs Hintergrund ist die Szenerie des absoluten Staates,

Die öffentlichen Gesetze zerfallen nun wieder in zwei Gruppen, nämlich in Constitutions- und Regierungsgesetze, wobei der Unterschied darin liegt, daß die Constitutionsgesetze vom Regenten nicht einseitig aufgehoben werden können, weil sie dem Regenten selbst vorgegeben sind, während die Regierungsgesetze vom Regenten selbst erlassen werden, "und insofern von ihm willkürlich zurückgerufen werden können"³⁾. Das Regierungsrecht ist doppelter Art, nämlich einmal inneres, einmal äußeres, "je nach dem der Regent als Verwalter eines inneren, oder äußeren Hoheitsrechtes öffentliche Verhältnisse bestimmt"⁴⁾. Zum inneren Regierungsrecht gehören drei Hauptarten: Peinliches Recht (Strafrecht), Cameral- und Finanzrecht und Polizey-Recht. Das Polizey-Recht umgreift "alle denkbaren Arten der Regierungsgesetze" mit Ausnahme des Cameral- und Finanz-, des Kriminal- und des Prozeß-Rechts.

Unter das Polizey-Recht zählte THIBAUT das Familienrecht. Es ist klar, daß mit "Polizey-Recht" nicht die heutigen Vorstellungen von den Aufgaben der Polizei gemeint sein können. Die

1) THIBAUT, System S. 243 (§ 326)

2) THIBAUT, System S. 243 (§ 326)

3) THIBAUT, System S. 243 (§ 328)

4) THIBAUT, System S. 244 (§ 329)

Bedeutung des Wortes "Polizei" hat, solange es für bestimmte staatliche Aufgaben gebraucht wurde, starke Veränderungen erfahren. Noch nicht sehr lange wird mit ihm ausschließlich die Aufgabe der Gefahrenabwehr verbunden. Im sogenannten "Polizeistaat" gehörte die Förderung der Wohlfahrt aller Untertanen zu den polizeilichen Aufgaben, die auch das private Wohl der Menschen umfaßten¹⁾. Erst der berühmte § 10, II, 17 des Allgemeinen Landrechts für die Preußischen Staaten von 1794 formulierte die Abkehr von einem solch weiten Aufgabenbereich des Polizeirechts²⁾. Die Bestimmung wurde aber bald durch den § 3 der königlich-preußischen Verordnung vom 26.12.1808 wieder aufgehoben, der in etwa den vor-landrechtlichen Polizeibegriff wiederherstellte³⁾.

Von einem solchen "wohlfahrtsstaatlichen" Polizeibegriff ging auch THIBAUT aus: In das Polizey-Recht der Pandekten gehöre vor allen Dingen "die Lehre von dem Schutz, unter welchen der Staat die, eines Vorgesetzten bedürftenden Personen gestellt hat"⁴⁾. Die Einordnung des Familienrechts in das Polizeirecht ist für ein Pandektensystem zwar einmalig⁵⁾, der Gedanke entspricht aber der Fülle von Bestimmungen privatrechtlichen Inhalts, die in den Polizeigesetzen bis in das 18. Jahrhundert enthalten waren⁶⁾. Daß das Familienrecht in dieser Hinsicht eine besonders bedeutsame Rolle spielte, liegt nicht zuletzt darin begründet, daß im Polizeirecht wie im Familienrecht der Schwerpunkt nicht so sehr beim subjektiven Recht wie

-
- 1) Vgl. dazu DREWS-WACKE, Polizeirecht S. 2/3; WOLF, Hans J., Verwaltungsrecht III S. 3/4
 - 2) "Die nötigen Anstalten zur Erhaltung der öffentlichen Ruhe, Sicherheit und Ordnung und zur Abwendung der dem Publico oder einzelnen Mitgliedern desselben bevorstehenden Gefahren zu treffen, ist das Amt der Polizei."
 - 3) Vgl. DREWS-WACKE, Polizeirecht S. 5; WOLF, Hans J., Verwaltungsrecht III S. 4
 - 4) THIBAUT, System S. 252/253 (§ 342)
 - 5) So auch SCHWEPPE, Das römische Privatrecht IV S. 2
 - 6) Vgl. dazu KNEMEYER, Polizeibegriffe S. 177/178; SCHMELZEISEN, Polizeiordnungen passim

bei der Pflicht liegt. Die große soziale Bedeutung des Familienrechts erfordert, daß über das Verhältnis zwischen Berechtigtem und Verpflichtetem hinaus Belange der Allgemeinheit zur Geltung gebracht werden¹⁾.

Aber auch das Verhältnis der familienrechtlichen Institute zueinander stellte THIBAUT abweichend von den anderen Pandektisten dar. Während üblicherweise die Ehe an der Spitze des Familienrechts steht, ergab sich von THIBAUTs Ausgangspunkt des Individualschutzes, den der Staat gewährt, eine andere Ordnung: der übergreifende familienrechtliche Gedanke ist der Schutz des hilfsbedürftigen Individuums, für den der Staat durch väterliche Gewalt und Vormundschaft sorgt. Dementsprechend gliederte THIBAUT sein Polizey-Recht der Pandekten in zwei Abschnitte, von denen einer von der väterlichen Gewalt, der andere von Vormundschaften handelt²⁾.

Die Ehe findet ihren Platz, in systematischer Hinsicht auf gleicher Stufe stehend wie die Legitimation und die Adoption, als Entstehungsgrund für die väterliche Gewalt³⁾. Das Familienrecht wird nicht von den Institutionen, sondern vom Status des schutzbedürftigen Individuums her gesehen.

Diese Auffassung entspricht der Systematik des personenrechtlichen Teils bei Gajus, der bei den einzelnen Status zunächst beschrieb, wer sich in ihnen befindet, um sodann darzulegen, wie die Status erworben werden.

1) Vgl. dazu auch SCHMELZEISEN, Rechtsgebot S. 7

2) THIBAUT, System: Über die väterliche Gewalt (§§ 343-497); Über Vormundschaften (§§ 498 - 548). Gemeine und partikuläre Polizeigesetze und nicht mehr geltendes römisches Recht behandelt THIBAUT im "System des Pandekten-Rechts" nicht; vgl. THIBAUT, System S. 252 (§ 342)

3) 2. Abt.: Über die Erwerbung der väterlichen Gewalt:
1. Cap.: Über die Ehe
2. Cap.: Über die Legitimation
3. Cap.: Über die Adoption.

Diese Einteilung wurde auch in der 9. Ausgabe beibehalten (vgl. THIBAUT, System II, 9. Ausgabe).

Die Parallele wird deutlich durch eine vergleichende Darstellung der potestas bei Gajus und der väterlichen Gewalt bei THIBAUT: Gajus ging von der Frage aus, wer in der potestas stehe, und nannte zuerst die Sklaven¹⁾, sodann die Kinder (liberi)²⁾; diese können entweder einer rechtmäßigen Ehe entstammen, kommen also bei der Geburt in die potestas³⁾, oder sie kommen nach der Geburt aufgrund bestimmter Tatbestände in die potestas⁴⁾, oder sie werden adoptiert⁵⁾. THIBAUT ging ganz analog vor, allerdings mit dem einen Unterschied, daß er vor den Entstehungstatbeständen sehr viel ausführlicher auf die "Natur der väterlichen Gewalt und rechtlichen Folgen derselben"⁶⁾ einging. Danach handelte er die "Erwerbung der väterlichen Gewalt" durch Ehe, Legitimation und Adoption ab.

Die Stellung des Familienrechts im Pandektensystem THIBAUTS ergibt sich somit aus einer dem weiten Polizeibegriff der vorliberalen Epoche entsprechenden Durchführung der systematischen Leitvorstellung des römischen Personenrechts im öffentlichen Recht; eine Abweichung von der inneren Systematik der Institutionen vollzog THIBAUT allerdings durch die Behandlung des Familiengüterrechts in diesem Teil.

2. Das Familienrecht als Bestandteil des "publicum ius" bei BURCHARDI

Unabhängig von THIBAUT kam Georg Christian BURCHARDI durch sehr eigenwillige Überlegungen zu dem Ergebnis, daß auch im reinen römischen Recht das Familienrecht zum öffentlichen Recht gehört habe. Sein Buch "Grundzüge des Rechtssystems der

1) Gai. I, 52-54

2) Gai. I, 55 ff.

3) Gai. I, 56-64

4) Gai. I, 55-96

5) Gai. I, 97-107. Typisch für diese Systematik ist auch die Darstellung der manus: "Nunc de his personis videamus, quae in manu nostra sunt ... In manum autem feminae tantum conveniunt. Olim itaque tribus, modis in manum conveniebant: usu, farreo, coemptione (Gai., I. 108, 109).

6) THIBAUT, System S. 253-278 (§§ 344-378)

Römer aus ihren Begriffen von öffentlichem- und Privatrecht entwickelt", das SAVIGNY wegen seiner "scharfsinnigen Durchführung" für "lehrreich" hielt, obwohl er seinen Grundgedanken verwarf¹⁾, verfolgt den Hauptzweck, der auch im Titel schon anklingt, "den Begriff, die Grenzen und die eigenthümliche Natur des Publicum jus ... genau und scharf zu bestimmen"²⁾ und "einen neuen Versuch zur Entzifferung des Römischen Rechtssystems" zu wagen³⁾.

Anlaß und Mittel dazu war ihm das Studium der römischen Quellen⁴⁾, wobei seinem Ziel seiner Meinung nach vor allem "die dürftigen Spuren der früheren Zeit" dienten⁵⁾. BURCHARDI strebte nicht die Konzipierung eines eigenen Systems an, sondern sein Ziel war es, ein "dem innern Wesen des R ö m i - s c h e n⁶⁾ Rechts"⁷⁾ entsprechendes System zu finden. Dabei befolgte er die Anordnung der Institutionen; abweichend von allen sogenannten Institutionensystemen seiner Zeit setzte er jedoch im wesentlichen die römische Trichotomie "ius pertinet vel ad personas, vel ad res, vel ad actiones" mit ius publicum, ius privatum und ius mixtum gleich⁸⁾.

BURCHARDIs System paßt eigentlich nicht in den Rahmen dieser Untersuchung, weil es kein System des Pandektenrechts des 19. Jahrhunderts ist. Dennoch darf es hier nicht übergangen werden, weil sich auch in den eindeutig dem 19. Jahrhundert zuzurechnenden Systemen häufig gar nicht klar trennen läßt, welcher Gesichtspunkt letztlich modernen und welcher antiken Ursprungs ist. Diese Schwierigkeit wurde in dieser Abhandlung

-
- 1) SAVIGNY, System I S. 61, Fußnote o
 - 2) BURCHARDI, Grundzüge, Vorrede S. VII/VIII
 - 3) BURCHARDI, Grundzüge S. 3
 - 4) BURCHARDI, Grundzüge, Vorrede S. X
 - 5) BURCHARDI, Grundzüge, S. 3
 - 6) Hervorhebung vom Verfasser
 - 7) BURCHARDI, Grundzüge S. 3
 - 8) BURCHARDI, Grundzüge S. 47, 252

vor allem bei der Darstellung des Institutionensystems deutlich¹⁾; zudem wurden die Argumente BURCHARDI's auch im Streit um die Stellung des Familienrechts im Privatrecht des 19. Jahrhunderts vorgebracht²⁾, waren also doch nicht einseitig auf spezifische Eigenschaften des reinen römischen Familienrechts zugeschnitten.

BURCHARDI bestritt, daß die Institutionen, wie allgemein angenommen, nur Privatrecht enthielten. Der Satz "omne ius quo utimur pertinet vel ad personas, vel ad res, vel ad actiones" dürfe nach seiner Fassung (omne ius) nicht auf das Privatrecht beschränkt werden, denn es gelte: "ius vel publicum vel privatum est"³⁾. Daher sei nach der bekannten Definition "publicum ius est quod ad statum rei Romanae spectat; privatum quod ad singulorum utilitatem pertinet" genau zu prüfen, welche Teile der Institutionen öffentlichen, welche privaten Rechts seien⁴⁾. Die aus dem Satz Ulpian's dann von BURCHARDI abgeleiteten Charakteristika, die das öffentliche von dem privaten Recht unterscheiden, machen deutlich, daß BURCHARDI unter dem öffentlichen Recht genau das verstand, was BRINZ als "ius publicum nach Art seiner Rechtssätze" bezeichnete⁵⁾: Das Prinzip sei, daß das öffentliche Recht den ganzen Staatsorganismus und das allgemeine Beste zum Gegenstand habe, während das Privatrecht nur den Privatnutzen der Staatsbürger betreffe⁶⁾. Daher seien die öffentlichen Rechte im Gegensatz zu den Privatrechten dadurch gekennzeichnet, daß sie nicht durch private Vereinbarungen außer Kraft gesetzt werden könnten⁷⁾ und nicht vererbbar seien⁸⁾. Hinter diesen äußeren Merkmalen verbirgt sich nach BURCHARDI's Auffassung immer der Tatbestand des

1) Vgl. oben S. 15 ff.

2) Vgl. das System Rudolf SOHM's, unten S. 76

3) BURCHARDI, Grundzüge S. 4-6

4) BURCHARDI, Grundzüge S. 11

5) Vgl. oben S. 53

6) BURCHARDI, Grundzüge S. 11

7) BURCHARDI, Grundzüge S. 12

8) BURCHARDI, Grundzüge S. 18

"Reipublicae interest", und dies sei das entscheidende Kriterium zur Unterscheidung von ius publicum und ius privatum¹⁾. BURCHARDI's Abgrenzung nimmt somit ihren Ausgangspunkt von derselben Ulpian-Stelle wie die in der deutschen Verwaltungswissenschaftsliteratur wieder im Vordringen befindliche Interessentheorie zur Abgrenzung von öffentlichem zum Privatrecht²⁾.

BURCHARDI kam folgerichtig zu dem Ergebnis, zum ius publicum gehörten auch die Familienrechte, weil die Familienverbindung "von den Römern als ein integrierender Theil des Staatsorganismus betrachtet" werde³⁾. Das römische Recht habe aus dem Ehemann und Vater gewissermaßen einen Staatsbeamten gemacht, der mit unbegrenzter Gewalt regiere⁴⁾. Bei allen Familienrechten, auch den Familiengüterrechten, seien die grundlegenden Merkmale der Unveräußerlichkeit und Unvererbbarkeit gegeben⁵⁾. Die Familienordnung war für BURCHARDI letztlich nichts anderes als die bis in die feinsten Teile durchgeführte Verfassung des Staates⁶⁾.

3. Die engeren Privatrechtsbegriffe von Rudolf SOHM und August GEYER

Vermögensrecht und Familienrecht gehören verschiedenen rechtlichen Kategorien an. Die größere Nähe zum öffentlichen Recht - auch das hätte wohl kein Pandektist im 19. Jahrhundert bezweifelt - hat das Familienrecht, einmal wegen des staatlichen Interesses an der Familie, zum anderen wegen der juristischen Struktur seiner Normen. Ob das Familienrecht noch zum Privatrecht gerechnet wird, hängt daher davon ab, auf welche Unterscheidungskriterien das Gewicht gelegt wird, aber auch davon,

-
- 1) BURCHARDI, Grundzüge S. 16
 - 2) Vgl. EYERMANN-FRÖHLER, Verwaltungsgerichtsordnung § 40 Randnummer 5; RUPP, Anwendungsbereich S. 60; MENDER, Rechtsprechung S. 394 m.w.N.
 - 3) BURCHARDI, Grundzüge S. 101
 - 4) BURCHARDI, Grundzüge S. 103, 113
 - 5) BURCHARDI, Grundzüge S. 104 ff.
 - 6) Vgl. BURCHARDI, Grundzüge S. 167

wie weit oder eng der Begriff des Privatrechts definiert wird. Das Bestreben nach möglichst einheitlicher und durchsichtiger und damit auch in systematischer Hinsicht klarer Charakterisierung des Privatrechts führt zu einer engen Abgrenzung.

Durch eine sehr einschränkende Definition dessen, was er unter Privatrecht verstand, kam auch Rudolf SOHM dazu, das reine Familienrecht wesensgemäß dem öffentlichen Recht zuzurechnen¹⁾. Recht ist für ihn das machterteilende ethische Gesetz des menschlichen Gemeinlebens; Macht kann bestehen über Sachen und über Personen. Nur die Macht über Sachen sei Gegenstand des Privatrechts, dessen Kern daher das Vermögensrecht darstelle²⁾. Von der Herrschaft der Person über die Person, nach SOHMs Ansicht Charakteristikum des reinen Familienrechts, handele dagegen das öffentliche Recht³⁾. SOHM stellte zwischen Vermögensrecht und Familienrecht im Grunde die gleichen Abgrenzungsmerkmale heraus, wie sie in der Pandektenliteratur sehr häufig genannt werden; er verschob lediglich die Grenze zwischen öffentlichem und Privatrecht so, daß sie bei ihm zwischen Vermögens- und Familienrecht verläuft: Die Herrschaftsrechte des Privatrechts seien in Geld schätzbar, die öffentlich-rechtlichen Herrschaftsrechte von unschätzbarem Wert, Privatrechte seien einseitig berechtigend, im öffentlichen Recht seien die Rechte pflichtbelastet, im Privatrecht erscheine das Rechtssubjekt als einzelnes, im öffentlichen Recht als Glied einer Gemeinschaft⁴⁾.

Dieser "gesellschaftsrechtliche" Charakter des Familienrechts, meinte der Rechtsphilosoph August GEYER, verbiete es, Familienrecht und Vermögensrecht auf eine Stufe zu stellen, das wahre Wesen des Familienrechts werde durch die Einordnung in das Privatrecht verkannt⁵⁾. Hier wurde Privatrecht gleichgesetzt mit

1) SOHM, Institutionen S. 14, 15, 97, 98

2) SOHM, Institutionen S. 14

3) SOHM, Institutionen S. 15, 98

4) SOHM, Institutionen S. 15

5) GEYER, Einleitung S. 72

Individualrecht.

Otto von GIERKE sah in einer solchen Auffassung vom Wesen des Privatrechts das römische Erbe im Gegensatz zur germanischen Überlieferung:

"Das Privatrecht befaßt sich aber nicht blos mit der für sich stehenden Einzelpersönlichkeit und den ihre Besonderheit intact lassenden Beziehungen zur Außenwelt, sondern umspannt zugleich dauernde personenrechtliche Verbindungen, in welchen das Individuum mit einem Theil seines Wesens aufgeht. Und schärfer noch trennen sich h i e r römische und germanische Rechtsanschauung, individualistische und soziale Ordnung!" (2)

Diese Deutung ist freilich angesichts der Tatsache, daß der erste Teil der Institutionen, das überwiegend als Privatrecht angesehene Personenrecht, eine Fülle dauernder personenrechtlicher Verbindungen behandelt, nicht ganz verständlich. Vielmehr ist wohl die Wandelbarkeit, die unstete Rechtsgestalt des Familienrechts der Grund, aus dem auch anderen, die das Familienrecht als Teil des Privatrechts ansehen, "das Privatrecht mit dem Vermögensrecht zu identificiren" als "gar nicht so übles Ziel" erschien³⁾. Es muß aber beachtet werden, daß das Familienrecht selbst wieder Vermögensrecht enthält. Bei PUCHTA machte das Familiengüterrecht nahezu das gesamte Familienrecht aus⁴⁾. Das "reine" Familienrecht erschien fast nur als Voraussetzung für Modifizierungen des Vermögensrechts, wobei allerdings das Merkmal der "Classe: Rechte an anderen Personen" eigentlich nur auf das "reine" Familienrecht zugeschnitten war, so daß im System das Familiengüterrecht dem Kernfamilienrecht folgt. Diese Beziehung kehrte Rudolf SOHM um: Obwohl für ihn Privatrecht im wesentlichen identisch war mit Vermögensrecht, stellte er auch das sogenannte reine Familienrecht wegen der Wirkungen der familienrechtlichen Stellung des ein-

1) GEYER, Einleitung S. 72

2) GIERKE, Aufgabe S. 36

3) Vgl. BEKKER, System S. 77

4) Vgl. oben S. 36/37

zeln auf sein Vermögen im Privatrecht dar, "weil die Wirkungen der Familienverhältnisse auf das Vermögen durch die Natur dieser Verhältnisse bedingt" seien¹⁾. Das reine Familienrecht ist mithin bei Rudolf SOHM ein Stück öffentliches Recht im Privatrecht.

1) SOHM, Institutionen S. 98

7. Kapitel

Der Streit um die Zuordnung einzelner Gebiete zum Familienrecht

1. Familiengüterrecht

Das systematische Verhältnis des Familienrechts zum Familiengüterrecht bereitete nicht nur den Pandektisten Schwierigkeiten, für die das Familienrecht ein Teil des öffentlichen Rechts war. Wer, wie der ganz überwiegende Teil der Pandektisten des 19. Jahrhunderts, das Familienrecht im Privatrecht abhandelte, mußte sich entscheiden, ob er das Familiengüterrecht verbunden mit dem Kernfamilienrecht darstellte, oder getrennt von den grundlegenden Vorschriften über die Ordnung der Familienverhältnisse als zum Vermögensrecht gehörig. Über die Richtigkeit und Zweckmäßigkeit beider Ansichten wurde in der Pandektenliteratur gestritten.

Eine Reihe von Pandektisten gab der vermögensrechtlichen Komponente des Familiengüterrechts den Vorzug und trennte es vom eigentlichen Familienrecht. Eduard BÖCKING argumentierte, nur das sogenannte reine Familienrecht sei Familienrecht; das sogenannte angewandte sei unter den Familienmitgliedern geltendes Vermögensrecht¹⁾. Daher vermied BÖCKING auch die im 19. Jahrhundert häufig gebrauchte Bezeichnung "angewandtes Familienrecht", die "schief und daher leicht Mißverständnissen ausgesetzt" sei²⁾.

Sein System unterscheidet zwischen einfachen und zusammengesetzten Privatrechten. Zu den einfachen Privatrechten zählte BÖCKING die dinglichen Rechte, die Obligationen, aber auch das Familienrecht; die zusammengesetzten Privatrechte seien durch das "Ineinanderwirken" der einfachen Privatrechte gekennzeichnet und umfaßten das Familiengüterrecht als Vermögensrecht unter dem Einfluß der Familienrechte und das Erbrecht als "in Vermögensrechte übergehende Familienrechte"³⁾.

1) BÖCKING, Pandekten I S. 133 (§ 29) Fußnote 7

2) BÖCKING, Pandekten I S. 133 (§ 29) Fußnote 7

3) BÖCKING, Pandekten I S. 133 (§ 29)

Die Darstellung BÖCKINGS ist nicht widerspruchsfrei, seine Systematik nicht lückenlos. Denn indem er das Erbrecht als "in Vermögensrechte übergehende Familienrechte" bezeichnete, brachte er nur das Familienerbrecht zum Ausdruck. Entgegen seiner Auffassung, das sogenannte angewandte Familienrecht sei überhaupt kein Familienrecht, mußte er doch konzedieren, im Familiengüterrecht träfen dingliche und obligatorische Rechte mit Familienrechten "in demselben Subjecte"¹⁾ zusammen.

Deutlicher noch als BÖCKING trennte BLUHME²⁾ Familienrecht und Familiengüterrecht. Das (materielle) Privatrecht gliederte er in das reine Familienrecht und Güterrecht. Mit dem reinen Familienrecht begann er sein System, das Güterrecht unterteilte er in einfaches und angewandtes Güterrecht. Unter angewandtem Güterrecht verstand BLUHME das durch die Familie beeinflusste Güterrecht, das Familiengüterrecht oder das gemischte Güterrecht, und das durch Todesfälle beeinflusste Güterrecht, also das Erbrecht. Die Dichotomie von Familienrecht und Güterrecht zwang BLUHME zu einer eindeutigen Stellungnahme. Für die Trennung von Familienrecht und Familiengüterrecht gibt es jedoch nicht nur systembezogene, sondern auch historische Argumente, Autoren, deren Systeme sich an die Institutionenordnung anlehnen, könnten schwerlich im personenrechtlichen Teil das Familiengüterrecht abhandeln. Insbesondere HUGO wies auf dieses systematische Problem hin. Er meinte zu Recht, da das Sachen- und Obligationenrecht dem Personenrecht folge, das "angewandte Familienrecht" aber eine Kombination von beidem sei, müßten beide zuerst eingeführt sein, bevor man die Kombination erörtern könne³⁾. Im römischen Institutionensystem ist im personenrechtlichen Teil für das Güterrecht auch deswegen kein Platz, weil das Personenrecht nur die Fragen beantwortet, in welchem Status jemand sei, wie dieser Status erworben und beendet werde⁴⁾.

1) BÖCKING, Pandekten I S. 133 (§ 29)

2) BLUHME, System, insbesondere S. 80

3) HUGO, Ehrenrettung S. 90

4) Vgl. oben S. 17 ff.

Die meisten Pandektisten des 19. Jahrhunderts verbanden jedoch die Darstellung des "reinen" Familienrechts mit der des "angewandten" Familienrechts, zumal der Einfluß der Familienverhältnisse auf das Vermögensrecht als die juristisch wesentlichere Seite des Familienrechts angesehen wurde¹⁾. SAVIGNY konzedierte, daß es an sich möglich sei, das angewandte Familienrecht von dem reinen zu trennen und als Teil des Vermögensrechts abzuhandeln; jedoch gewinne die lebendige Anschauung der Familienverhältnisse, wenn man die Familie und ihren Einfluß auf das Vermögen in unmittelbare Verbindung zueinander bringe²⁾. Dieser weniger dogmatische, als vielmehr didaktisch-praktische Gesichtspunkt findet sich auch bei anderen Pandektisten. So wies SCHWEPPE auf den Nachteil der Trennung hin, "daß man beim angewandten Familienrechte viele Sätze des reinen wiederholen muß"³⁾.

So stellt sich das Problem der systematischen Behandlung des Familiengüterrechts in der Pandektenliteratur des 19. Jahrhunderts weniger als ein tiefgründig dogmatisches als vielmehr didaktisch-praktisches dar. Denn im Kern wurde die Auffassung PUCHTAs nirgends wirklich bestritten, daß Vermögensrecht und Familienrecht zwei Kreise bilden, die sich vielfachst berühren⁴⁾. Man würde vielleicht besser von zwei Kreisen sprechen, die sich schneiden, also einen gemeinsamen Sektor haben. Dieser gemeinsame Sektor wird vom Familiengüterrecht ausgefüllt. Welchem Kreis das Familiengüterrecht letztlich im System zugeordnet wird, ist nur eine Zweckmäßigskeitsfrage, wie auch weitgehend in der Pandektenliteratur des 19. Jahrhunderts anerkannt wurde.

1) Vgl. PUCHTA, Betrachtungen S. 231: "Der Einfluß der potestas auf das Vermögen ist unbestritten die Hauptseite der Potestas".

2) SAVIGNY, System I S. 389

3) SCHWEPPE, Das römische Privatrecht IV S. 2

4) PUCHTA, Pandekten S. 64

2. Verwandtschaft

Umstritten war in der Pandektenliteratur auch die Zuordnung des Verwandtschaftsrechts zum Familienrecht. Eine recht umfangreiche Gruppe von Pandektisten behandelte das Verwandtschaftsrecht im allgemeinen Teil des Systems¹⁾.

Die systematische Stellung des Verwandtschaftsrechts hängt eng mit der Entwicklung des allgemeinen Teils im 19. Jahrhundert zusammen²⁾. Neben dem Einfluß der Naturrechtslehre³⁾ war für die Einordnung des Verwandtschaftsrechts in den allgemeinen Teil unverkennbar römische Systematik von Bedeutung. Denn der erste Teil des Institutionensystems, das Personenrecht, wurde in den Systemen, die die Verwandtschaft im allgemeinen Teil bzw. unter den allgemeinen Lehren behandelten, als Abschnitt oder Kapitel des allgemeinen Teils erörtert. In diesen Systemen wurde die Verwandtschaft als rechtlich bedeutsame Eigenschaft der Person dargestellt, nicht als selbständiges Rechtsverhältnis des besonderen Teils. Die rechtliche Bedeutung der Verwandtschaft wurde insofern der des Alters, des Geschlechts, der Gesundheit und anderer die Person juristisch kennzeichnender Zustände gleichgesetzt.

Der allgemeine Teil hat diejenigen Elemente der Rechtsverhältnisse darzustellen, deren Bedeutung sich nicht in ihrer Eigenschaft als Elemente bestimmter Rechtsverhältnisse erschöpft. Dazu zählen alle die rechtlich bedeutsamen Eigenschaften und Beziehungen der Personen und Sachen, die nicht für sich selbständige Rechtsverhältnisse erzeugen. Die Zuordnung der Ver-

1) Vgl. unter anderem: ARNDTS, Lehrbuch S. 43 ff. (§§ 38-40); BLUHME, System S. 6 ff.; ESMARCH, Grundsätze S. 21/22; GÖSCHEN, Vorlesungen I S. 174 ff.

2) Zur Problematik des allgemeinen Teils unter besonderer Berücksichtigung der wissenschaftlichen Entwicklung nach Inkrafttreten des BGB vgl. WIEACKER, Privatrechtsgeschichte S. 486-488 m.w.N.

3) Zur Herkunft des allgemeinen Teils von späteren Naturrechtlern vgl. SCHWARZ, Entstehung S. 586-599

wandtschaft zum allgemeinen Teil erscheint unter diesem Aspekt zwar vertretbar, die Trennung von der Ehe, der väterlichen Gewalt und der Vormundschaft aber willkürlich. Denn auch Ehe, väterliche Gewalt und Vormundschaft sind "rechtlich bedeutsame Eigenschaften der Person". Sieht man aber den Charakter eines selbständigen Familienverhältnisses darin, daß es gegenseitige Rechtsansprüche gewährt, dann ist der Unterschied zu Ehe, väterlicher Gewalt und Vormundschaft nur ein gradueller: Zwar liegt die Hauptbedeutung der Verwandtschaft in deren Einfluß auf andere Rechtsverhältnisse, immerhin ergeben sich aber doch auch Unterhaltsansprüche unmittelbar aus der Verwandtschaft¹⁾. Die Autoren, die das Verwandtschaftsrecht im personenrechtlichen Abschnitt des allgemeinen Teils behandelten, waren hinsichtlich der Befolgung des Institutionensystems inkonsequent. Folgerichtig hätten sie nämlich auch die Ehe und die anderen familienrechtlichen Verhältnisse, soweit sie für den Status einer Person von Bedeutung sind, im allgemeinen Teil behandeln müssen.

Diesen konsequenten Weg beschritt allein Alois BRINZ mit der Trennung der Rechtsfolgen von Familienverhältnissen für den Status des Individuums von den "Familienrechten" und der sich daraus ergebenden "Gleichbehandlung" aller Familienrechtsverhältnisse²⁾. BURCHARDI wies darauf hin, daß die väterliche Gewalt als ein Verwandtschaftsrecht besonderer Art aufgefaßt werden könne, denn sie sei, streng genommen, nur eine Modifikation des Agnationsrechtes³⁾. Das römische Recht bezeichnet jedoch die unterworfenen Personen weder unter sich noch im Verhältnis zum pater familias als Agnaten.

Soweit aber der vielfältige Einfluß auf andere Rechtsverhältnisse für die Stellung der Verwandtschaft im allgemeinen Teil ausschlaggebend war, dürfte darin ebenfalls kein wesentlicher

1) Darauf verwies mit Nachdruck SAVIGNY, System I S. 355

2) BRINZ, Pandekten I/1 S. 160 ff.

3) BURCHARDI, Grundzüge S. 112

Unterschied zum Familienrecht zu sehen sein. Daher stieß diese Einordnung zu Recht auf heftige Kritik in der Literatur. Vor allem PUCHTA machte aus seiner grundsätzlichen Abneigung gegen einen umfangreichen allgemeinen Teil kein Hehl: Dieser sei in den meisten Lehrbüchern "so sehr eine doctrinelle Mißgeburt, daß ihn ein erwecklicher Lehrer alten Schlags gleich selbst bey der darin vorkommenden Lehre von den monstros als passendes Exempel anführen könnte"¹⁾. Die Verwandtschaft sei offenbar ein Familienverhältnis; sie werde aus einem ganz und gar nicht nachgewiesenen Lehrbedürfnisse in den sogenannten allgemeinen Teil verwiesen, was in den meisten Systemen so viel heiße, wie ganz aus dem System herausgeschoben²⁾.

PUCHTA führte die Einordnung der Verwandtschaft in den allgemeinen Teil auf die bloße Gewöhnung an das Institutionensystem zurück, ohne daß man sich des Fundaments der Anordnung noch bewußt sei. Damit meinte er den oben³⁾ näher ausgeführten Leitgedanken des personenrechtlichen Teils des Institutionensystems, nach dem Status des Individuums zu fragen, wie dieser entstehe und ende. Ein weiteres Motiv für die Stellung der Lehre von der Verwandtschaft im allgemeinen Teil sah PUCHTA im Einfluß der Verwandtschaft auf andere Teile des Rechts. In einer systematischen Rechtsordnung sei eine gewisse Interdependenz aller Rechtsverhältnisse infolge der vielfältigen Wechselwirkungen innerhalb des organischen Ganzen immer mehr oder weniger der Fall⁴⁾.

Erst recht mußte ein Jurist wie Friedrich Julius STAHL, der entschieden die Auffassung vertrat, daß zwischen dem Recht und den Lebensverhältnissen im Grunde keine Trennung bestehe, daß also das Recht nicht außer oder über den realen Zuständen als ein System abstrakter Normen stehe, sondern seine Existenz als juristisch gestaltete Wirklichkeit habe⁵⁾, die Einordnung

1) PUCHTA, Betrachtungen S. 235

2) PUCHTA, Betrachtungen S. 234

3) Siehe oben S. 17 ff.

4) PUCHTA, Betrachtungen S. 233

5) STAHL, Philosophie II/1 S. 114

des Verwandtschaftsrechts in den allgemeinen Teil verwerfen. Bei einer Einteilung "nur aus lebendigen Beziehungen" würde es sich zeigen, daß die Lehre von der Verwandtschaft nicht in den allgemeinen Teil, sondern in das Familien- und Erbrecht als deren besondere Grundlage gehöre¹⁾.

SAVIGNY hingegen hielt die Verwandtschaft deshalb für ein Familienverhältnis, weil sie den von ihm aufgestellten Kriterien für ein echtes Rechtsverhältnis entspreche: "Die rechtlichen Bedingungen ihres Daseyns" sind bei der Verwandtschaft genau bestimmt, "eben so fehlt es ihr nicht an Einfluß auf andere Rechtsverhältnisse"²⁾. Überzeugender erscheint jedoch die Begründung von SENTENIS, die im Prinzip auf die von STAHL vertretene Ansicht des natürlichen Zusammenhangs zurückführt, daß die Verwandtschaft deswegen in das Familienrecht gehöre, weil sie in der Ehe ihren Ursprung finde und in ihrer nächsten und engsten Beziehung auch mit der väterlichen Gewalt zusammen-treffe³⁾. Die Verwandtschaft habe ebenso wie die übrigen Familienrechtsverhältnisse einen rein natürlichen und sittlichen Charakter⁴⁾.

3. Vormundschaft

Auch die Zugehörigkeit der Vormundschaft zum Familienrecht war in der Pandektenwissenschaft des 19. Jahrhunderts nicht unbestritten. Noch bei den Vorarbeiten zum Bürgerlichen Gesetzbuch wurde in der zweiten Kommission der Antrag gestellt, die Vormundschaft in einem eigenen Buche nach dem Familienrecht zu behandeln⁵⁾. Diese Auffassung trug der Tatsache Rechnung, daß die Vormundschaft, anders als die Ehe, Verwandtschaft und väterliche Gewalt, keine eigentlichen Familienbeziehungen erzeugt.

1) STAHL, Philosophie II/1 S. 162

2) SAVIGNY, System I S. 355

3) SENTENIS, Bemerkungen S. 70

4) SENTENIS, Bemerkungen S. 70

5) Vgl. PLANCK, Bürgerliches Gesetzbuch IV Vorbemerkungen S. 3

Jedoch ist der Kern dieses Rechtsinstituts, die Vormundschaft über Unmündige, Surrogat für die väterliche Gewalt und diesem Institut nachgebildet. Unter diesem Aspekt rechnete SAVIGNY tutela und curatio zu den "künstlichen Erweiterungen des Familienrechts"¹⁾. Mit SAVIGNY war sich die Mehrheit der Pandek-
tisten des 19. Jahrhunderts darin einig, daß der wesentliche systematische Ansatzpunkt für die Einordnung der Vormundschaft darin liegt, daß sie rechtlich angeordnete Fürsorge und Vertretung durch andere Personen ist, die als Ersatz für den durch die väterliche Gewalt gewährten Schutz da eintritt, wo jener Familienschutz nicht besteht oder nicht ausreicht; dieser Gesichtspunkt führte zur Einreihung der Vormundschaft in das Familienrecht²⁾.

Dagegen wandte PUCHTA ein, man könne zwar sagen, die Vormundschaft trete an die Stelle der väterlichen Gewalt, man sei aber nicht berechtigt, daraus einen Schluß auf die Natur dieses Instituts und seine Stellung im System zu ziehen³⁾. Die Grundseite der Vormundschaft nach dem h e u t i g e n ⁴⁾ römischen Rechte bestehe darin, daß sie eine Führung fremder Geschäfte unter öffentlicher Fürsorge sei⁵⁾: Zwar habe das älteste römische Recht die Vormundschaft als reine Familiensache behandelt und ihr daher die Form einer familienrechtlichen Gewalt über die Person gegeben. Mit dem Zurücktreten des Familieninteresses hinter das Einzelinteresse des Mündels sei es jedoch auch zu einem Umschlag der rechtlichen Auffassung gekommen: Die Vormundschaft sei aus dem Familienrecht heraus in das reine Vermögensrecht eingetreten.

1) SAVIGNY, System I S. 361

2) Vgl. unter anderem: ARNDTS, Lehrbuch S. 816, ARNDTS, Encklopädie S. 30 (§ 64); BÖCKING, Grundriß S. 224 (§ 293); DERNBURG, Pandekten III S. 1; GÖSCHEN, Vorlesungen I S. 364; SAVIGNY, System I S. 361; SINTENIS, Bemerkungen S. 60

3) PUCHTA, Vorlesungen II S. 194

4) Hervorhebung von PUCHTA

5) Vgl. dazu: PUCHTA, Betrachtungen S. 234; PUCHTA, Pandekten S. 464 (§ 332); PUCHTA, Vorlesungen II S. 193-196 (§§ 331, 332)

Die rechtliche Form der Vormundschaft habe sich zu einer Obligation zwischen Vormund und Mündel entwickelt, aufgrund derer der Vormund verpflichtet sei, die Verwaltung des Mündelvermögens in dessen Interesse zu führen. Zugleich habe sich mit der Entfernung der Vormundschaft von der Familie der Staat verpflichtet gesehen, Schutznormen zugunsten des Mündels aufzustellen, da dieser ja nicht, wie sonst im Obligationenrecht, für eine entsprechende Gestaltung und Sicherung des Verhältnisses sorgen könne, sondern im Gegenteil seine Untauglichkeit gerade die Veranlassung des ganzen Instituts sei. Darin sah PUCHTA eine Annäherung des Vormundschaftsrechts an das öffentliche Recht, das später durch die Entwicklung der Obervormundschaft noch stärker zur Geltung gekommen sei.

Der Auffassung PUCHTAs trat WINDSCHEID bei, allerdings mit der Modifizierung, daß er die Vormundschaft nicht völlig aus dem Familienrecht auswies. Im Obligationenrecht behandelte WINDSCHEID nur die vermögensrechtliche Seite der Vormundschaft, die sich an Auftrag und negotiorum gestio so natürlich anschließe, daß sie nicht ohne Gewaltsamkeit davon getrennt werden könne¹⁾. Die nicht auf das Vermögen, sondern auf die Person des Mündels bezogenen Rechte und Pflichten des Vormunds erscheinen dagegen im Familienrecht²⁾. Nur Zweckmäßigkeitsgründe

-
- 1) WINDSCHEID, Lehrbuch II S. 577 Fußnote 4; die von Theodor KIPP bearbeitete 8. Auflage des Pandektenlehrbuchs weicht hierin von WINDSCHEIDS Systematik ab. In der Einfügung des Vormundschaftsrechts in das Familienrecht liegt die einzige Abweichung vom System WINDSCHEIDS. KIPP begründet die Änderung damit, "heutzutage" (die 8. Auflage erschien im Jahre 1900) sei die Meinung einhellig, daß das Vormundschaftsrecht im Familienrecht seine natürliche Stelle finde, jedenfalls erleichtere diese Position den Gebrauch des Buches.
- 2) Eine ganz ähnliche Einteilung findet man schon bei DONELIUS, Commentariorum de iure civili libri; Die "personenrechtliche" Seite der Vormundschaft erscheint an der Stelle, wo er "de statu personarum" handelt (lib. III, cap. 1-16, bzw. de cura: lib. III, cap. 17-23). Die sich auf die Verwaltung des Mündelvermögens beziehenden Vorschriften werden lib. XV, cap. 18-21 "de quasicontractibus" dargestellt.

hielten WINDSCHEID davon ab, die Vormundschaft noch mehr auseinanderzureißen. Denn streng genommen gehöre in das Obligationenrecht nur das durch die Vormundschaft begründete Verpflichtungsverhältnis, nicht auch das Vertretungs- und Verfügungsrecht des Vormundes, das eigentlich im allgemeinen Teil seine richtige Stelle finde¹⁾.

Es ist verständlich, daß gerade die Vormundschaft Anlaß zu derartigen systematischen Experimenten gab; denn die verschiedenen Elemente, die den rechtlichen Charakter der Vormundschaft ausmachen, gehören - für sich betrachtet - in der Tat in die verschiedensten Teile des Systems. Der junge Rudolf von IHERING führte die Vormundschaft deshalb in seinem "Geist des römischen Rechts" als Musterbeispiel für sein Verständnis der juristisch-wissenschaftlichen Methode an²⁾.

Die Methode Rudolf von IHERINGS, von ihm selbst als "naturhistorische" bezeichnet, hat die "systematische Classification der Rechtskörper oder das System" zum Ziel³⁾. Das System baut bei IHERING erstens auf der Zersetzung des Stoffs und der "Reduction desselben auf seine einfachen Grundbestandtheile" und zweitens auf der "logischen Concentration des Stoffs" auf⁴⁾. Die logische Konzentration war für IHERING keine spezifisch juristische Operation, sondern die allgemein logische der "Abstraction eines Principis aus den gegebenen Einzelheiten"⁵⁾.

Die "Reduction des Stoffs auf die einfachen Grundbestandtheile" habe zur Folge, daß es um den "schönen Organismus" geschehen sei, wenn sich die Jurisprudenz mit ihrer analytisch-zersetzenden Kraft des Instituts bemächtige⁶⁾: Das eine Element des Instituts gelange im System hierhin, das andere dorthin; bei der Vormundschaft müsse man die einzelnen Elemente aus dem

1) WINDSCHEID, Lehrbuch II S. 577 Fußnote 4

2) Zu IHERINGS Methode vgl. näher COING, Systembegriff, S. 157 ff.

3) IHERING, Geist II/2 S. 369

4) IHERING, Geist II/2 S. 330

5) IHERING, Geist II/2 S. 352

6) IHERING, Geist II/2 S. 350

allgemeinen Teil, dem Schuldrecht, dem Sachenrecht, dem Familienrecht und dem Erbrecht zusammensuchen¹⁾. IHERING entging dabei freilich, daß ein Rechtsinstitut mehr ist als die bloße Summe seiner Teile. Die einzelnen Elemente haben einen lediglich theoretischen Aussagewert²⁾. Die Zergliederung in einzelne Elemente gibt keine Antwort darauf, wohin denn nun die Vormundschaft als selbständiges Rechtsverhältnis gehört.

Aus diesem Grunde ist auch die Aufspaltung der Vormundschaft im System WINDSCHEIDS in familienrechtliche und schuldrechtliche Elemente unbefriedigend. PUCHTAs rein schuldrechtliche Lösung, die schon 1789 von HUGO vertreten wurde³⁾, wurde außer der teilweisen Anerkennung durch WINDSCHEID, nicht akzeptiert. Jedoch ist der in der zweiten Kommission⁴⁾ gemachte Vorschlag, die Vormundschaft in einem eigenen Teil nach dem Familienrecht zu behandeln, schon in der Mitte des 19. Jahrhunderts vorgetragen worden. In einer Schrift, die sich ausschließlich mit der systematischen Stellung der Vormundschaft befaßt, schlug Johannes Emil KUNTZE vor, nach Obligationen- und Familienrecht eine besondere Klasse von Rechtsverhältnissen unter dem Namen "qualifizierte Obligationen" aufzustellen, dahin gehöre neben dem Gesinderecht, dem Rechtsverhältnis zwischen Lehrherrn und Lehrling, zwischen Kapitän und Schiffsmannschaft auch das Vormundschaftsrecht⁵⁾. Diese neue Stellung rechtfertigte sich daraus, daß eine Mischung obligations- und familienrechtlicher Elemente das Wesen der Vormundschaft ausmache:

-
- 1) IHERING, Geist II/2 S. 351 Fußnote 500
 - 2) Zur Kritik an IHERINGs "naturhistorischer Methode der Jurisprudenz" vgl. LARENZ, Methodenlehre S. 24/25
 - 3) HUGO, Institutionen S. 48/49 (§§ 63,64): "Ohne Contract und ohne widerrechtliche Beschädigung entsteht eine obligatio ... aus der Tutel und Curatel ... Anm.: Die Pflichten des Staats, tüchtige Vormünder zu setzen, für die Sicherheit ihrer Untergebenen zu sorgen und gewisse Stände oder Personen von dieser Last zu befreien, ... sind eigentlich keine Sache des Privatrechts".
 - 4) Vgl. oben S. 85
 - 5) KUNTZE, In systemate S. 26-29

"Optimum esse videtur, si post obligationes et instituta tractata systemati tutela inseritur, quoniam ex utraque parte quasi conflata habet naturam, non simplicibus obligationibus, non naturalibus familiae nexibus adnumeranda" (1).

Auch nach Inkrafttreten des BGB wurde die vom Gesetzgeber getroffene Entscheidung, die Vormundschaft im Familienrecht zu behandeln, von der Rechtslehre begrüßt. So meinten KIPP-WOLFF, es reiche für die Überweisung der Vormundschaft in das Schuldrecht nicht aus, daß Verbindlichkeiten zwischen Vormund und Mündel bestehen; das Familienrecht behandle auch sonst Verhältnisse, die nicht echte Familienverhältnisse seien, wie zum Beispiel die Annahme an Kindes Statt²⁾. Hinzuzufügen ist noch, daß auch alle anderen Familienverhältnisse Verbindlichkeiten entstehen lassen; insofern unterscheidet sich die Vormundschaft also nicht wesentlich von Ehe und väterlicher Gewalt. Auch DÖLLE hält die schon in der Pandektenzeit herrschende Auffassung von der Zugehörigkeit der Vormundschaft zum Familienrecht für richtig, ihre Einstellung in das Schuldrecht für unvereinbar mit dem Wesen der Vormundschaft; weil die Vormundschaft etwas anderes und mehr sein müsse als ein Schuldverhältnis zwischen Vormund und Mündel, sei als Systemkriterium an die Stelle der natürlichen Einbezogenheit des Verhältnisses in die Familie dessen Funktion für die Familie getreten³⁾.

1) KUNTZE, In systemate S. 27

2) KIPP-WOLFF, Lehrbuch S. 422 (§ 100)

3) DÖLLE, Familienrecht I S. 4

L E B E N S L A U F

Am 19. Januar 1944 wurde ich in Neuhaus, heute Schloß Neuhaus, Kreis Paderborn, als Sohn des Sparkassenbeamten Hans Bextermöller und seiner Ehefrau Franziska, geb. Austerschmidt, geboren.

Von Ostern 1950 bis Ostern 1954 besuchte ich in Neuhaus die Volksschule, anschließend das Staatliche/Altsprachliche Gymnasium Theodorianum in Paderborn, wo ich am 22. Februar 1962 die Reifeprüfung ablegte.

Seit dem Sommersemester 1962 studierte ich Jura an der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg/Breisgau, der Freien Universität Berlin und der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster.

Am 27. August 1966 legte ich vor dem Justizprüfungsamt bei dem Oberlandesgericht Hamm die erste juristische Staatsprüfung ab. Nach dem Examen setzte ich in Münster mein im Wintersemester 1964/65 begonnenes Studium der Betriebswirtschaftslehre fort. Vom 1. Februar 1967 bis zum 30. April 1968 war ich als wissenschaftliche Hilfskraft am Institut für Kirchenrecht an der Universität Münster tätig.

Im Oktober 1969 schloß ich das Studium der Betriebswirtschaftslehre mit der Prüfung zum Diplom-Kaufmann ab und bin seit dem 3. November 1969 Referendar im Bezirk des Oberlandesgerichts Hamm.

